١٨٩٩
عمومي
٢٦٧٣٨
عمومي

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي اشهر انواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى
ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا
امورا من دأب الشراح بيان امثالها في اوائل الكتب وهي معنى الدعوى لغة
وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهي
في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف
الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه
بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم
تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط
لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس
الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء الا يرى
ان كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه
قطعا غاية ما لزم ههنا ان يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي
نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف
مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها
اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل واما سببها فما هو السبب الذي
ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا تخلو اما ان تكون امرا
راجعا الى بقاء نسله او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرا و
اما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا

المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها ايضا
ان يكون دعوى المدعي على خصم حاضر وان يكون المدعى به شيئا معلوما وان
يتعلق به حكم على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم
حاضرا وان يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة و
لا للقاضي القضاء به وان لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو ان يدعي انه
وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا
انكر الاخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلا
ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من
الجواب واما انواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق
بها احكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر وفي مثل
هذه الدعوى يمكن اثبات المدعي بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة
ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزما
للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من ان يدعي على غيره انه وكيله والثاني ان
يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من
القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول اقول في تحريره نوع اختلال واضطراب
فان قوله واما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب
يدل على ان لصحتها شروطا اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى
شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا ان يكون فسادها باحد
امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وان قوله لما ان الفاسدة
من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله في الحال يشعر بان فسادها
انما هو بامور ثلثة وهي عدم حضور الخصم وان يكون المدعى مجهولا وان لا يلزم على
المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله
ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على

على ما عرف في علم العربية وان قوله وف د الدعوى باحد معنيين الى آخره
يدل على ان فـ د ها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد
الدعوى تفيد التعميم نحو ضربي زيدًا في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني
في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيان لا يخلو عن سماجة
ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة **قال** اي القدوري في مختصره
المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة
ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعي من لا يجبر
على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه
غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى
اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف
المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر
على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ايهام القيد المذكور
للاختصاص فهم لا اندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة
الفعل **ومعرفة الفرق بينهما** اي بين المدعي والمدعى عليه **من اتم ما يبتني**
عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال البينة
على المدعي واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع
ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة
على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما **وقد اختلفت عبارات المشايخ**
رحمهم الله فيه اي في الفرق بينهما **فمنها ما قال في الكتاب** يعني مختصر القدوري
وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة وهي البينة او
الاقرار او النكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين
كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد
قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا

ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما
انه يقبل في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق
عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا
يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في
الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعاني دون الصور فلهذا ان المودع
اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه
ينكر الضمان فيجوز ان يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فيحمل لا ضير في
عدم تناول تعريف المدعي صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا
حقيقة اي معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مدع رد
الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه
بالضمان وقيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى
عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق
غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق
فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا
قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله
من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة
الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا
بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد و
لا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية
يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على
الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله
كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه
ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه

بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه
اجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق
ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع ان في العدول من ان يقول من
يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من
يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات انتهى اقول في كل من شقي
جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا سلمنا ان لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء
على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل
واما في شقه الثاني فلانه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان
يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد و
الحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا
وكون الخبر اسما في الثانية مما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات اصلا على ان
الثقات من محققي النحاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان
الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا او حالا او استقبالا فكان للماضي و
يكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم
الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى
وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كونه
سميعا بصيرا لا من لفظ كان الا ترى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان
قياسه ما قال ان يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول المص فكان تكون تامة
لثبوت خبرها دائما او منقطعا رد على ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا
كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذاك الى القرينة الى
هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين واما ما ذهب
اليه بعض ذهولا واما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب اليه
احد قط فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في

المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس وقيل
المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب
العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد
الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى
المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول
لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز
ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ
لا نم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بمتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة
ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه
الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية
كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفهما وليس
الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على
التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على
انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا
ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب
الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض
بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو
ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه
دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته يختص ب
صورة الدين واشير الى هذا في الكافي انتهى اقول نعم قد اشير اليه بل صرح به في الكافي
وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك
ان يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في
عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها

وجوب الحفظ على المودَع فكان دعوى الرد منه دعوى البرآءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ
والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه • ويتم مرامه • وأما قوله ولهذا
قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز ان يكون مبنيا على مجرد الاشتراك
بين المسئلتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون
الاشتغال في احديهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية
ههنا ما قدمناه لا غير **وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح** لما
ورد من قول النبي صلى الله تع عليه وسلم واليمين على من انكر وروى اليمين على المدعى
عليه **لكن الشان في معرفته** اى في معرفة المنكر **والترجيح بالفقه** اى بالمعنى دون الصورة
**عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودَع
اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة
لانه ينكر الضمان** تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعني اذا تعارض
الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون
الصورة فان المودَع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام
على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة
اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه انتهى
اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فلانه غير مطابق للمشروح لان
قول المص والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور
صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر
الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها يخالفه لانه صريح في ان الصورة ايضا معتبر
فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احديهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول
هذا الشرح يخالف لآخره فان قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح
لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اى باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة
المعنى دون جهة الصورة وقوله في الاخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها

عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه
كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هي الانكار الصوري
والمعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا
منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا
غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح حينئذ ايضا فان قول المص لان الاعتبار
للمعاني دون الصور فان المودَع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين و
ان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصوري
حيث جعل الصورة قيدا للادعاء في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه
فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه إما ان يراد بالتعارض
ههنا مجرد التخالف في الحقيقة او التنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار
الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني
بينهما فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودَع رددت الوديعة هو المودَع بالفتح حيث
ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودِع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين انكاريهما
في الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودَع الوديعة ولا يجب الضمان عليه
لهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شيء من معنيي التعارض بينهما
فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان في قوله يعني اذا تعارض الجهتان وايضا انما يتصور
التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد ومحل الانكار الصوري مغاير
لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودِع بالكسر والآخر بالمودَع بالفتح
فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما
التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودَع بالفتح فكان موقعا للتعارض
ونعم ما قيل • ولن يصلح العطار ما افسد الدهر • ثم ان الحق عندي ان يشرح هذا المقام
على ما يقتضيه عبارة المص وهو انه اذا تعارضت الجهتان اى جهة الادعاء الصوري
وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اى بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار

واعلم انا بينا ان جهة الصورة يكون المودع مدعيا للرد صورة [illegible]

البعض ان يكون المراد بجهة الصورة الانكار الصوري [illegible]

المراد بالصدق [illegible] بالكذب [illegible]

الاعتبار للمعانی دون الصور فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء
على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا صورة وان يقال فی وجه قبول بينة المودع فی
تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا اقامتها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة
قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به فی مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة
فی شرح الوقاية فی مسئلة اختلاف الزوجين فی قدر المهر حيث قال ان المراة تدعی الزيادة
فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع اليمين
كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فح يتضح المراد ويرتفع
الفساد **قال** اى القدورى فی مختصره **ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فی
جنسه** كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك **وقدره** مثل كذا وكذا درهما او دينارا
او كرا واعلم ان هذا فی دعوى الدين لا فی دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة
تكفی الاشارة اليها بان هذه ملكی وان كانت غائبة تجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل
فان قلت عبارة الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك فی
عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال
دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فی شرح الوقاية لبيان المراد بها
على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فی متونهم
الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المص فی تعليل
المسئلة المذكورة **لان فائدة الدعوى الالزام** اى الالزام على الخصم **بواسطة اقامة
الحجة والالزام فی المجهول لا يتحقق** اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام فی المجهول مم اذ
قد تقرر فی كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر فی صدر كتاب الدعوى ان
حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان
اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فی المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغی ان
يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما
يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فی دعوى

دعوى المجهول يتصور الثانی فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا
يتحقق الالزام فی دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذی عد فائدة
الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم ان لا يتحقق الفائدة فی كثير من
دعاوى المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعی عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ
حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا **فان كان** اى المدعى **عينا فی يد المدعى عليه كلف احضارها**
اى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم **ليشير** اى المدعی **اليها بالدعوى**
هذا الذی ذكر لفظ القدورى فی مختصره قال المص **وكذا فی الشهادة والاستحلاف**
يعنی اذا شهد الشهود على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها
الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف
**لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فی المنقول لان النقل ممكن و
الاشارة ابلغ فی التعريف** حتى قالوا فی المنقولات التی يتعذر نقلها كالرحی ونحوها حضر
القاضی عندها او بعث امينا كذا فی الكافی وغيره **ويتعلق بالدعوى** اى بالدعوى الصحيحة
بمجردها كذا فی النهاية ومعراج الدراية **وجوب الحضور** اى وجوب حضور الخصم لمجلس القاضی
وعلى هذا القضاة اى على وجوب حضور الخصم لمجلس القاضی بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة
والاصل فيه قوله تع واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب **من آخرهم** اى
من آخرهم الى اولهم وقال صاحب النهاية اى باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المآل
وقال تاج الشريعة اى من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد
من عبارة المص كما لا يخفى **فی كل عصر** فان عمر بن الخطاب رضی الله تعالى عنه فعله و
عثمان وعلی رضی الله تع عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى
عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن ابی ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه
ابو حنيفة رحمه الله تعالى الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع **ووجوب الجواب**
عطف على وجوب الحضور اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه

بنعم او بلا ليفيد حضوره اى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب ولزوم
احضار العين المدعاة اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه
العين المدعاة الى مجلس القاضى لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى
واليمين بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة
ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا انكر اى اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى
وعجز المدعى عن البينة وسنذكر ان شاء الله تعالى اى وسنذكر لزوم اليمين على
المدعى عليه فى آخر هذا الباب وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدورى فى
مختصره اى وان لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى
مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى
بوقوعها على معلوم لان العين لا تعرف بالوصف لامكان مشاركة اعيان كثيرة
فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف به اى والقيمة شئ تعرف
العين به فذكرها يفيد وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله والقيمة تعرف
يعنى والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك اقصى ما يمكن فى الاعلام و
قد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف
فعليك الاختبار ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة
ذكر الذكورة والانوثة قال صاحب الكافى نقلا عن القاضى فخر الدين وصاحب
الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعى
قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب منى عين
كذا ولا ادرى انه هالك ام قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه
لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحب
النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوى اذا كانت المسئلة مختلفا فيها
ينبغى للقاضى ان يكلف المدعى بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه لان الانسان
قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قالوا واذا

اذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعى
فى شرح الكنز بعد نقل ما ذكر فى الكافى فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود
ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما فى
الكافى اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر
والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا
بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى واقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة
جار فى جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا مع
انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة
دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت فى دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان
يقال فى دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة فى جميع صور دعوى المجهول مطلقا بل لا بد
لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية
لصحة الدعوى فى صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهى ان الانسان ربما لا يعرف قيمة
ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وبقى بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف
سائر صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة
المذكورة ولكن يرد ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق فى غير تلك الصورة
ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون فى ذمم الناس ولم يعرف الوارث
جنس تلك الديون ولا قدرها ولم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث فى دعوى
تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف
قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال فى يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه
فى ذمم الناس فينبغى ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل فى صحة دعوى
الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة
من المدعى سقط من الشهود بالطريق الاولى ان فى دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع
جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضى بعد ان

لا يقتضي صحة دعوى المجهول

انلسمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة بم يحكم للمدعى على المدعى عليه والقضاء بالمجهول
غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون
المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان ما
ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول يجبر عليه انما يصح لو اقر
بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث اجمل ما اعترف به فيلزمه البيان
على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل
من جهة المدعى عليه ولم يحصل شاغلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال
فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين بنفسها الى صاحبها
والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد تقرر في الكتب ان العين
انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي
برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليها عن ردها الى صاحبها ولم يردها اليه
فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق
المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضي لا يحكم على الخصم بشيء
من المال بل يجبره برد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي
الحبس قلنا الى متى يحبسه اتحبسه ابدا ايضيع لماله بعد ان ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بان يمضي
على الحبس مدة يعلم بها انه لو بقيت العين المدعاة لاظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب وانتهى
الى مدة ظهور عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد
في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال
قال اى القدوري في مختصره وان ادعى عقارا حدده اى ذكر المدعى حدوده وذكر انه
اى العقار في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اى وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه
بالمدعى اقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ
المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح
في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد

كالكفاية والنهاية والبيان و

فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في
الخلاصة يصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق و
السكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضا
بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي
في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر
المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد رحمه الله
فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال ابو زيد البغدادي
يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب
حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو اقرب ثم يترقى الى الابعد
قال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن احسن لان
العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه
فان جهوا في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف
والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص
واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت
اختلافات اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع
منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في
تعريف العقار بل لا بد ايضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما تقرر قال المص في
تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل
اى نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقائل ان يقول ان تعذر
النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه
اليه فيشير المدعى اليه في محضر القاضي او امينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر
نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي يتعذر نقلها
نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات

فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فافترقا ويذكر
الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام
التعريف عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على ما عرف هو الصحيح احتراز عما روي عنهما
ان ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهورا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى يكتفي بذكره
يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفي الدار لا بد
من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط لان الشهرة
مغنية عنه وان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره فان ذكر ثلثة من
الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر دليل لنا يعني ان اقامة
الاكثر مقام الكل اصل في الشرع فنعمل به ههنا ايضا بخلاف ما اذا غلط في الرابعة اي
اي في الحد الرابع وانثه المص باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن
الرابع جاز عندنا خلافا لزفر واما اذا ذكر الحد الرابع ايضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا
وبين زفر رحمه الله تعالى لانه يختلف به اي بالغلط المدعى ولا كذلك تركها ونظيره ما اذا
شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم
لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر رحمه الله الترك على الغلط وكما
يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى و
قوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى عليه لابد
لانه اي المدعى عليه انما ينتصب خصما اي في دعوى العين اذا كان في يده اي اذا كان
المدعى في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه اي العقار في
يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود بانهم عاينوا ان ذلك العقار
المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم يقبل شهادتهم
وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسالهم القاضي
اعن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على
البينة اي او بعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن

كالفضوليين وغيرهما

عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في
العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله
في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان يصدق
المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعي
عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك
قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث
انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب
العناية ثم الشارح العيني اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة
المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا
شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد
للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضي
لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة اما انتفاء البينة
فلان المفروض ان لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار
هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي
بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في
تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي
باليد للمدعى عليه الى آخره والصواب ان مراد المص ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما
وهما يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم
المدعي بينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له
بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره
في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضي خان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن
اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان
القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم تقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم تقيم البينة

انها له لتوهم انهما تواضعا فى محدود فى يد ثالث على ان يدعيه احدهما فيقول الآخر بانها له فى
يده ويقيم المدعى بينة عليه انها له والدار فى يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر
انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة وقوله
اى قول القدورى فى مختصره وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال
صاحب العناية فى عبارته تسامح لانه يؤول الى التقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل و
يمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من
طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير فى
طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعى
فالمعنى المطالبة حق المدعى فلا بد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى اعانته فلا مسامحة
اصلا واما سقوط الثانى فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المنقول ههنا
هو المدعى عليه والذى دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار
المعنى المدعى عليه حق المدعى ولا خفاء فى فساده والثانى ان المدعى ايضا ليس بحق
المدعى البتة بل ان ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه والا فلا فى ابتداء الامر
اين ثبت انه حقه حتى يتم ان يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه
فى ابتداء الامر ايضا على زعمه لكنه يحتاج ح الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى حمل
المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المص بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال
بعض الفضلاء ولا يبعد ان يكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الارض و
نحوها انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية فى جوابه اما الاول فلما
ذكرناه فى سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين واما الثانى فلان مقتضاه التعبير عن
كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا يقبله
الفطرة السليمة بخلاف ما قاله صاحب العناية ولانه يحتمل ان يكون اى المدعى مرهونا فى يده
اى فى يد المدعى عليه او محبوسا بالثمن فى يده فلا تصح الدعوى قبل اداء الدين او اداء الثمن و
بالمطالبة يزول هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من

لما طالب بالانتزاع من ذى اليد قبل اداء الدين او الثمن وعن هذا اى بسبب هذا الاحتمال
قالوا اى المشايخ فى المنقول اى فى دعوى المنقول يجب ان يقول فى يده بغير حق اى
يجب ان يقول المدعى هذا الشئ الذى ادعيه فى يد المدعى عليه بغير حق ازالة
لهذا الاحتمال فان العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق اقول يرد عليه انه
ان كان ذكر المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول ايضا فقد حصل زوال الاحتمال
المذكور فيها بذكر المطالبة كما فى دعوى العقار فينبغى ان لا تجب زيادة بغير حق فى دعوى
المنقول كما لا تجب فى دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول
يكون الذى ذكره المص فى وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله
لان المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه
بنوع بسط فى الكلام وتحقيق فى المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد منه فى
دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الذى ذكره المص فى دعوى العقار وفى دعوى الدين
لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضى بل انما يجب ذكرها
بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى باقصى ما يمكن شرط وذلك فى المنقول لا يكون الا بالاشارة
كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضى لم يحصل الاشارة اليه وما لم يحصل الاشارة اليه
لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم يتحقق الفائدة فى ذكر المطالبة
به يرشد اليه قول المص فيما سياتى لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث
يشير الى انه ما بقى شئ يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك ان احضار المنقول
الى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله
عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك ان يقول فى يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى
يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضى ويصح للقاضى تكليفه باحضاره
اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق فى دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى
عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضى مختص بدعوى المنقول
كما مر فى الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور فى دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى

المذكور فى دعوى المنقول فيه زيادة القيد دون غيره كما

الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الّا
علة واحدة وهي انّ المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف
دعوى العقار فانّ لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرنا المص وبهذا البسط والتحقيق تبيّن
اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول هذه العلة
تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم انّ ههنا كلمات
اخرى للفضلاء المتأخرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم انّ صاحب الدرر والغرر
اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال انّ دراية وجهه موقوف
على مقدمتين مسلّمتين احديهما انّ دعوى الاعيان لا تصح الّا على ذي اليد كما قال
في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية انّ الشبهة معتبرة يجب دفعها كالشبهة
الشبهة كما قالوا انّ شبهة الربوا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم
انّ في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب
دفعها في دعوى العقار باثباته بالبيّنة ليصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد
لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج
الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى انتهى ورد عليه
هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح في الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار
ايضا ليزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك
الاحتمال واوجبوا دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا
على المتدبر فتدبر انتهى وقال بعض الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام
فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فاقول
لا شك انّ في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق وانّ
الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وانّ شبهة الشبهة غير
معتبرة الّا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة الا يرى انهم اذا شهدوا
على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لانّ الذي فيه شبهة دعوى النكاح اذا احضرت ثم شبهة

ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة واما اذا احضرت قبل الاستيفاء
وادعت النكاح لا يحد الرجل لاعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول
لو اتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد تقرر عند من علماء
العربية انه اذا كان في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو
ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة
بحالها فانهم حاولوا دفعها اي الكلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول
المدعي أطالبه فانّ في تلك المرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة
معتبرة بخلاف المنقول فانّ ثبوت اليد فيه مشاهدة لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة
ليندفع شبهة كون اليد بحق او نقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو
متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار
شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور
كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل
والقول الجزل ثم اعلم انّ المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال
بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق
مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق اما اولا فلانّ خلاصة كلامه هي انّ مدعي
العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد
بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد
الغير بحالها اذ لم يندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم انّ شبهة الشبهة
غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر في الرتبة
عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فانّ تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة
الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه
في يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لانّ
الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة

قيدا للكلام الاوّل وهذا لا ينافي صحّة الاتيان بها على ان تجعل كلاما مستقلا كما ترى وتغيير شأوا
في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالبه لانه كما انّ حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كما
لا فائدة في المطالبة لا فائدة ايضا في بيان انّ يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم
تلك الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة انّ ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة
قيدا للكلام الاوّل لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه ح
يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول ايضا بان المطالبة
فينبغي ان يترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما ترك في دعوى العقار ولا ينحل هذا
الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم انّ المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع
الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة
في المنقول ايضا فلا يدفع ان لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة
المذكورة فيه واما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به هذا الاشكال
كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
لولا ان هدانا الله قال اى القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة اى وان كان
المدعى حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه به يعني ذكر انه يطالبه به من
غير ان يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه و
اشارة الى قوله لانّ المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا اى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لانّ
صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه اى تعريف ما في الذمة
وهو الدين بالوصف اى بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر
على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره
لانه يعرف به اى لانّ ما في الذمة يعرف بالوصف كالصفة بان يقال انه جيد او وسط او
رديّ بعد ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا ثمنا
ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح
ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المص بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر

الظاهر من حيث اللفظ لكنّ الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان
فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اى ببيان ما يحتاج الى ذكره من
جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية و
الكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في كل جنس من الاعلام بما
ما يمكن به التعريف قال اى القدوري في مختصره واذا صحت الدعوى اى اذا صحت الدعوى
بشروطها سال اى القاضي المدعى عليه عنها اى عن الدعوى لينكشف وجه الحكم اى لينكشف
للقاضي وجه الحكم اى طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة
والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف
له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها اى فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه
بالدعوى بمعنى المدعى او بموجب الدعوى ثم انّ اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لانّ الاقرار
حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به
بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق
والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق
العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المص بقوله لانّ الاقرار موجب بنفسه فيأمره
اى يأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اى عما يوجبه الاقرار وان انكر اى المدعى عليه
سال المدعي البينة اى طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اى لقول النبي عليه
الصلوة والسلام للمدعي ألك بينة فقال لا اى قال المدعي لا بينة لي فقال
اى قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اى يمين المدعى عليه سال اى سأل
رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد
من السؤال اى فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اى ليمكن القاضي
استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة قال اى القدوري في مختصره فان احضرها اى فان احضر
المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اى قضى القاضي بالبينة لانتفاء التهمة عنها اى
عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اى البينة فعيلة من البيان لانها

دلالة والحجة يظهر بها الحق من الباطل قبل فيعلم من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق
والكاذب كذا في الكافي **وان عجز عن ذلك** اي وان عجز المدعي عن احضار البينة **وطلب
يمين خصمه** وهو المدعى عليه **استحلفه عليها** اي استحلف القاضي خصمه على دعواه **لما روينا**
اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا **ولا بد من
طلبه** اي من طلب المدعي استحلاف خصمه **لان اليمين حقه** اي حق المدعي **الا يرى كيف اضيف
اليه بحرف اللام** اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك
يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما
قال المص اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تاويل
القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي
يزعم انه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء
بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله
تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما
في الكافي ثم انما ترتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق
المدعى للمدعي لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي
لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير
فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه
اولا ثم اقام المدعي البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد
نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو ورد
بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست
بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء وهو مولانا سعد الله المدعو بسعدي جلبي قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل
تكون مشروعة البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتأمل انتهى واقول كنه هذا البحث لان
مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه
مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب

صاحب النهاية ايضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة
بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة
انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعة البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل
لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول
عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على
ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين
تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد
اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع
فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير الافتضاح
المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل

باب اليمين

قال صاحب
النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة
البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو
ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف على قول
محمد في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا للاقوال المختلفة
انه كما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا فيهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب ذكر فيه ايضا حال اليمين على اجمالا
واما تفاصيل احكام البينة فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في
هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب
العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين
يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية
البيان اقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام
متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال
الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المص هو الاصل لانه لما كانت اليمين
مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى اقول هذا الكلام منه في

معرض الجواب عما نقل من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب
لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح
العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في
دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او
فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين
سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل او فصل مستقل
شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من اصحاب الكتب
المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل فليس ما صنعه
المص ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى **واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب
اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة** هذا لفظ القدوري قال المص **معناه حاضرة في المصر** اي
معنى قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد
عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما
اشار اليه المص بقوله فيما سياتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة
عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان
ان يقرن المص قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخره عن
ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة فلعل وجهه امران احدهما ان المص استقبح
قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر الى ان يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور
في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف
هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو
قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة لم يظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا التاخير
المص قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة **وقال ابو يوسف رحمه الله
يستحلف لان اليمين حقه** اي حق المدعي **بالحديث المعروف** فسر عامة الشراح
الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال

صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المص بالحديث المعروف بما فسره سائر الشراح ويجوز ان
يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب
تحرير المص في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية
التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده
بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الا
يرى انه كيف جرى على ذلك الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان
مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على
من انكر اي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال ابو يوسف
يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى فان قلت انما
حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المص لان اليمين حقه فان كون اليمين
حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك
والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على ان المنكر هو المستحق عليه اليمين
فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر لكن هذا لا يوجب حمل كلام المص على خلاف ما
جرت عليه عادته المطردة **فاذا طالبه به يجيبه** اي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين
يجيب القاضي المدعي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يجب المدعى عليه المدعي اي يحلف
**ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة
بما روينا** من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه
فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة **فلا يكون حقه دونه** اي لا يكون اليمين حق
المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل ان يقول ان كون
ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف
لا يدل على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو

ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس الى مجلس
الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة
اقول لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة
في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار
المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما
اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل
الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل
اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس
ايضا كما يشعر به كلام المص ومحمد رح مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح
فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي
قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد
انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة قد روي عنه في ذلك ان
القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه
الرواية عن محمد قال ابو يوسف يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه ذكره ان له
بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى ههنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد اصلا
كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي الا يرى
ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى
كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المص في جعله محمدا مع
ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار
لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا مع ابي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المص وغيره
انتهى واقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص انما هو اسناد المص
رواية كون محمد مع ابي حنيفة الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد با

محمد بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المص اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على
المص صحة هذه الرواية عن محمد في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي
على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما
ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره
ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه
الاستدلال به ما اشار اليه المص بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين
حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة
تقتضي عدم التميز والقسمة تقتضي التميز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على
المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام
التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا
كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان
على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المص
الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف
الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي قال صاحب الكافي وعند الشافعي
اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف
قضي به والا لا لان الظاهر صار شاهدا له واحدا او عجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين
عليه فان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه عليه السلام قضى بشاهد ويمين
ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول
حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي
في التبيين قال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين
على المدعي فان حلف قضي له فان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله
فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا
اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه

فالمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه
وكذا اذا اقام المدعي شاهدا ج

عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا و
ما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن
ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعدما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير
ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما
وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع
فكيف فيه دلالة على انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول
لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه
قال اي القدوري في مختصره **ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق** اراد بالملك
المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو
ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك
بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد
واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان
في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا
فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان
قبولها من حيث ما ادعى من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع و
البينة للمدعي فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين
انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وهنا لم يعجز الى هنا كلامه وقد اورد بعض الفضلاء
على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر
الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب
على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله اصلا اقول
ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل ان اري ما كتبه واما ايراده
الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعي الزيادة المذكورة في الصور
المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا

كذا الخارج انما يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاق ما في يده واما
من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصور المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى
ذي اليد في الصور المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع
دعوى الخارج لا دعوى مبتداة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه
ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة
معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا
لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على
الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد
عام صحيح على ما نص عليه المص فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة كما اذا ادعى رجل
على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين
فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او بالابراء وكذا الحال في
جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في
اثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو انه بين الزيادة التي يدعيها
ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث
صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية
ان يكون المدعى في يده بالفعل لا ان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه
في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى في يد القابض في
تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول
بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض
ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر **و**
بينة الخارج اولى يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك
المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينات ويكون

المدعى لذى اليد تركاً في يده و هذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد
فيقضى بها لذى اليد قضاء ملك بالبينة و هو الذي ذكره المص بقوله **وقال الشافعي يقضي**
بينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك **فيتقوى**
الظهور اي فيتقوى ظهور المدعى **وصار** اي صار حكم هذه المسئلة **كالنتاج** اي كحكم مسئلة
النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة
على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضى لذى اليد **والنكاح** اي وحكم مسئلة النكاح بان تنازعا
في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى **ودعوى الملك مع**
الاعتاق اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج
البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه و هو يملكه فبينة ذي اليد اولى **او**
الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة
في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي
اليد اولى **او التدبير** اي او دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد في يد رجل فاقام كل
واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى **ولنا ان بينة الخارج**
اكثر اثباتا اي في علم القاضي **او اظهارا** اي في الواقع فانه بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا يرى ان من
رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملكه فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك
لئلا يلزم تحصيل الحاصل وانما هي المؤكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف
للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها
اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات
لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المص ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما
اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة
ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال
القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون

تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في
العناية **اقول** بقي ههنا شيء و هو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا
ومن قولهم ان الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذى اليد
ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى
بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذى اليد بينة
شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه
مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور و هو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فان ظهر في الاستدلال من قبلنا على
مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي و
اليمين على من انكر فانه عليه السلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة
للاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم
لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج
بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى
بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له
لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احديهما باليد وكذا الحال
في النكاح الا ان المص لم يذكره من بين اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على مورد حاله
مما ذكره في النتاج **وكذا على الاعتاق واختيه** اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق
واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور
ايضا فترجحت احديهما باليد **وعلى الولاء الثابت بها** اي بهذه الاشياء الثلثة
وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها
ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت احديهما باليد **قال** اي القدوري
في مختصره **واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول** اي قضى القاضي على
المدعى عليه بالنكول **والزمه ما ادعي عليه** اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي

وفي بعض نسخ القدوري ولزمه بدل والزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي لا يقضي به اي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اي المدعي يقضي به اي يقضي له بما ادعاه وان نكل المدعي ايضا انقطعت المنازعة لان النكول تعليل لقوله لا يقضي به يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة اي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكر الامام خواهر زاده في مبسوطه واشتباه الحال اي ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيه فيمتنع فلا ينتصب اي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور اي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار اليه اي فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا اي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله او مقرا اي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما ولولا ذلك اي ولولا كونه باذلا او مقرا لاقدم على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اي لاجل دفع الضرر الدعوى عن نفسه فترجح هذا الجانب واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب اي كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير والنكل اقول فيه بحث اما اولا فلان توزيع كونه باذلا او مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند ابي حنيفة بذل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي حنيفة رحمه الله على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده محتمل واحد من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين

كونه مراد الناكل حتى يتم المطلوب والحاصل ان في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فلو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبذل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى اقول فيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان اريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع ايضا داخلا في ذلك الجانب يبقى ان يقال ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو محتمل واحد من المحتملات المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكراه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح يقتضي التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان

ان النكول بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعى والعاقل الدين
لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة
يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول فيه بحث ايضا
اما اولا فلان قوله وظلما على المدعى ليس بتام اذ لا نم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا
لكان ظلما على المدعى لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعى
لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعى في دعواه والكاذب ليس بمظلوم
بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعى في صورة صدق المدعى عليه
ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على ما مر وان في النكول
منعا عنها مع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى في الجملة واما ثانيا فلان التوزيع في الحاصل من
قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن
اليمين الصادقة يكون بذلا خلل حيث لا يتم المطلوب ح على واحد من المذهبين بل يحتاج الى
خلطها على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب الغاية فالصواب عندي في حل مراد المص ههنا
ان يقال فترجح هذا الجانب اي جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة
في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
دفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر
عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري
اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان
المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل
باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما الاشتباه الحال فلان من اشتبه
عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطي حق خصمه فيسقط
عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا
وبالجملة ان قول المص اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه كلمة قاطعة
يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي باسرها فترجح كون الناكل باذلا او مقرا

او مقرا بالضرورة ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى
لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر اه ونحن ايضا قدمنا واستوفينا
هناك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعى واجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا
مزيد عليه فتذكر قال اي القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول له اي للمدعى عليه
اني اعرض عليك اليمين ثلثا اي ثلث مرات فان حلفت اي ان حلفت خلصت او تركتك
والا قضيت عليك بما ادعاه اي بما ادعاه المدعى قال المص وهذا الانذار اي قول القاضي
والا قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لكونه
مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه
حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث
مرات قضى عليه بالنكول قال المص وهذا التكرار ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط
والمبالغة في ابلاء الاعذار اي في اظهارها يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا
لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب واوضح هذا
بقوله واما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول
بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه لو قضى
بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقييد
بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى
لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترز عن قول الخصاف
فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان المص بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله
والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن
الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضي خان صورة
المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او ضيعة في يده او حقا من الحقوق
فانكر فاستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين

رئسا بزن دا

ثلث مرات فان حلفت والا قضيت للمدعي ثم يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا
المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له
في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك
ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى ان يحلف
يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب
الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه
اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي
لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط
القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه
بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه
قضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح
جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا
يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل
البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من
البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب
عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان لفلان عليه الف فادعى فانكر فحلف ثم اقام المدعي
البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر الى هنا كلامه ثم
النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم
الثاني وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش
الطرش بفتحتين اهون الصمم يقال هو مولد او خرس الخرس بفتحتين ايضا آفة باللسان
يمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين
عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس او
طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية

الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت
الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده يريد به التعميم
بعد تخصيص النكاح بالذكر في النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى
رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس والرجعة اي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة
ايضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت
او بالعكس والفيء في الايلاء اي وفي دعوى الفيء بالايلاء ايضا بان ادعى بعد انقضاء
مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق اي وفي دعوى
الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد
اي وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا
وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المص والنسب اي وفي دعوى النسب ايضا
بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي وفي
دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول
او بالعكس او كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء
الموالاة والحدود اي وفي دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود
وانكره الآخر واللعان اي وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها
بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري
هنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال
ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فتقرر انه لا يستحلف
في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي
قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في
حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا
بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال
بان ادعت المراة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر

يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجئ بعد هذا في الكتاب وسئل
الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المراة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها
لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المراة معلقة ابد الدهر
قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امراة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته
فتتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي في باب اليمين ان
الفقيه ابا الليث رح اخذ بقولهما في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات ايضا وكيفية الاستحلاف
عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المراة هي المدعية بالله ما هذه الامراة امرأتك
بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى
والمتأخرون من مشايخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه
متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو كما
كما اختاره شمس الائمة رح في التوكيل بالخصومة بغير رضى من الخصم او بغير رضاه ان القاضي
ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير رضى من
الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضاء
الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والمحبوبي وفي
الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق
دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي انتهى ما في النهاية وصورة الاستيلاد
ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى
يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وانما خص صورة الاستيلاد
بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد
بخلاف اخواته الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لهما
اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار
اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة

اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على الشان
معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك
هذه الفوائد الثلث كذا في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا او بدلا عنه بفتح
الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة
تحرير المص ههنا حيث عين اولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا او بدلا
عنه بالترديد ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع
بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد
اولا ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا بل كان هذا اي الاكتفاء به هو الذي
ينبغي كما ستقف عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف
في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول
يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف
وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف لكنه اي لكن النكول اقرار فيه شبهة
لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى
الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على
الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا
في حق المراة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه
نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي
ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه
في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر
بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع و
استحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل
اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين
فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي والجواب ان النكول انما اقر

او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا ينفصل الخصومة
وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان
بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد
على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى هنا كلامه اقول ما ذكره في
الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا
كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه
صالح لهما ولهذا فرعهما المص عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي
ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة لجواز
ان يكون بذلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رح لا بدلا عن الاقرار وقطع الخصومة لا يدل على كونه
بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلا ايضا ولجواز ان يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه فح ايضا
لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان نفي لغا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض
المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم ما ليهما الكرد
في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في
دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط وتم كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد
كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء
كلامين في تحرير صاحب الغاية ههنا احدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله
وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلثة معارضات كما لا يخفى على
من له ادنى تامل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى
حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستخلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط
اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها
بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين
وهو صريح نقض اجمالي ولا يلطف للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون
النكول اقرارا كلي وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما

انما تدل ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا
لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة
الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب الغاية بالمدعى قولهما
ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المص بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على
ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الانكار
لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل صورة كما بينا فيما مر
بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه
مستدلا عليه بالدليل المستقل والموجب ذلك القائل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات
والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى
ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى **ولابي حنيفة**
رح انه اي النكول **بذل** وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة
والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه فقضي
فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن
فوائد الظهيرية **لان معه** اي مع البذل **لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود** به اي
لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على
اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا
فهي ما اشار اليه بقوله **وانزاله باذلا اولى** اي من انزاله مقرا **كيلا يصير كاذبا في الانكار**
اي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه
بذلا لقطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب قيل
عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار
واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى واجيب بان
بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى و
اما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت

بمافى الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب الحكم عليه فلم يكن النكول
بذلا واجيب بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول
فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص فى الاطراف
بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها واجيب بانا لا نسلم ان البذل فيها
غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو اقطع يدى وبها اكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن
فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما فى
الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء فانه لو
قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها وكذا لو قال انا حر
الاصل ولكن هذا يوذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى او قال انا ابن فلان و
لكن هذا يوذينى بالدعوى فابحث له ان يدعى نسبى لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا
المال ليس لى ولكنى ابحته وبذلته له لا تخلص من خصومته صح بذله وفائدة الاستحلاف القضاء
بالنكول ولما لم يجر البذل فى هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل
فلم يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافى فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص
هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور و
هو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالراى وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رح
لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه
بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات
المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب علامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع
فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح يعنى صاحب العناية لان المخصص يجب ان
يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد
العلامة الكاكى ان مخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع
اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافى هذا كون

هذا كون المخصص نصا ومقارنا على ان قاعدة الاصول هى انه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها
يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة فى كون الحديث
مخصوصا ان الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل الا ان هذا
بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة هذا جواب
سؤال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما ان فى البذل
معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة
وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا فى عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلهما من جملة
ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدما على اليمين ان كانا صادقين
فى انكارهما وبان اقرا ان كان المدعى هو الصادق فليتامل وصحته اى صحة البذل فى الدين
بناء على زعم المدعى وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين
هذا ايضا جواب سؤال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما جرى فى الدين لان محل الاعيان
لا الديون اذ الدين وصف فى الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف فاجاب بان
معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حقه ولا
مانع له وترك المنع جائز فى الاموال لان امر المال هين حيث يجرى فيه الاباحة بخلاف
تلك الاشياء فانه لا يجرى فيها الاباحة كذا فى الشروح وسائر المعتبرات حتى ان
صاحب الكافى اتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى
فى الدين لان محل الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف
والدين وصف فى الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء
على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى
واقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة بعد التامل الصادق ان الجواب المذكور لا يدفع
السؤال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا فى
الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل والاعطاء وان ترك
المنع انما يتصور فى الاموال المتحققة فى الاعيان لا فى الاوصاف الثابتة فى الذمم لان ترك المنع

فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذى يأخذه من المدعى بناء على زعمه انه حق نفس الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذى ترك المدعى عليه منعه اخذه الدين بل كان اخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندى فى الجواب ان يقال معنى البذل فى الدين احداث مثله فى ذمة المدعى باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما ان معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق فى موضعه فاذا قال المدعى مثلا لى عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لى فى ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذى يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذى يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا قال اى محمد فى الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به انه اذا اراد المسروق منه اخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لان المال يثبت بالشبهات الا يرى انه يثبت بكتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذى هو بذل او اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجرى اليمين فى الحدود وعن محمد رح انه قال القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال اريد القطع فالقاضى يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال فالقاضى يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال كذا فى النهاية نقلا عن الامام المرغينانى والمحبوبى قال المص فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله اى بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان اى احدهما ضمان المال ويعمل فيه النكول والقطع اى ثانيهما قطع اليد ولا يثبت به اى لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المص بفعله فى قوله لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز ان يراد به فعل السرقة اقول الثانى هو الصحيح والاول فاسد لان المص صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فح لا يناط القطع بالنكول فكيف يصح ان يحمل الفعل فى قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول واحد الشيئين هو القطع ثم اقول بقى فى كلام المص شئ وهو ان التعليل الذى ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان آه لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله

لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقى المدعى غير معلوم اللمية والاوجه فى التعليل ما ذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لانه فى السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تعقل فصار اى صار حكم هذه المسئلة كما اذا شهد عليها اى على السرقة رجل وامرأتان فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع قال اى محمد فى الجامع الصغير واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى فى دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وفائدة تعيين صورة المسئلة فى الطلاق قبل الدخول هى تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان يكون الدعوى فى كل المهر او نصفه كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغنى عن ذلك ولعله توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول الغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المص وكذا فى النكاح اذا ادعت هى الصداق اى وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اى المقصود من ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ينبغى ان يثبت المال بنكوله فى قولهم جميعا لان المال يجرى فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح فى قول ابى حنيفة رح لان النكاح لا يجرى فيه البذل قال بعض الفضلاء مولانا السعدى فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من اصل جوابه وعلاوته محتمل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح فى حق المهر بالنكول لجاز البذل فى

النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان
لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة
التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه
على كل حال • فلم يندفع السؤال • ثم اقول في الجواب عن سؤاله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم
ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان منشأ ثبوته عنده
ظهوره له اذ قد تقرر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم
لجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند
القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال
نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان ما ذكرناه مخلص في الجميع قال المص وكذا في النسب
اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر كالارث بان
ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع
فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امراة حرة الاصل صبيا
لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانها اولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان
نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حجرها دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه و
ان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وامتناع
الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد
بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب
لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه
الحقوق اي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المص لان المقصود هذه
الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميل على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول
فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب
مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلان
المسائل المذكورة تتم الصورتين معا الا يرى ان المدعي في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت الله

انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة
الحجر في اللقيط لو قالت اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا فكان التعليل المذكور
قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل
الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه نظر
فان المعلل هنا ان لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان
البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة
البينة واقرار الخصم والبذل انما هو النكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم
جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ما
قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل
في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في
المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة
من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المص وكذا في النسب اذا ادعى حقا
كالارث آه لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان
دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما
ادعى معه حقا آخر واما فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى
النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي
المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي
في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد
المسائل المذكورة تتم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة
كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المص لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور
تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المص هذا اصلا مع ان
عادته الاقتفاء اثر المص في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية وانما
يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا عندهما اي عند

ابى يوسف ومحمد رح اذا كان يثبت باقراره اى اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول
عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن فى حق الرجل
فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب فى حق المراة
فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها واما لو اقرت بالابن فلا
يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها لان فى دعواها الابن اى فى ادعائها الابن اى فى اقرارها به كذا
فى النهاية وغاية البيان تامل تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اى وكالمولى يعنى السيد
والزوج فى حقهما اى فى حق الرجل والمراة وهذا القيد اعنى قوله فى حقهما متعلق بالمولى والزوج
جميعا فان اقرار الرجل والمراة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المص هنا ان اقرار الرجل
يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المراة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج
ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة فى محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة
بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المراة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى
لا يصح بالولد لما مر فكان المص اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما فى الحكم المذكور
قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه الاصل فى هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل
يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين
لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا او اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى
عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر به فاذا انكر هل
يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابى حنيفة رح لا يستحلف وعند ابى يوسف ومحمد رح
يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب
انتهى قال اى القدورى فى مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد اى وليس للمدعى بينة
استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى فى النفس او فيما دونها وهذه المسئلة
مذكورة فى الجامع الصغير ايضا فى كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه
القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اى الحكم المذكور عند ابى
حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح لزمه الارش فيهما اى فى النفس وفيما دونها لان

لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون
اقرارا بل يكون بدلا كذا فى الكافى فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اى خاصة
اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه اى من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع
القصاص بمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب
ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعى القصاص رجلا وامراتين او الشهادة على الشهادة حيث
لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا فى الشروح
ونظير هذا ما اشار اليه المص بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولى يدعى العمد فانه يجب فيه المال
بالعكس لا يجب شئ ولابى حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت
وقاية للنفس كالاموال فيجرى فيها البذل كما يجرى فى الاموال بخلاف الانفس حيث
لا يجرى فيها البذل فانه لو قال اقطع يدى اى لو قال لآخر اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان
اى على القاطع وهذا اى عدم وجوب الضمان اعمال للبذل فى الاطراف واما لو قال اقتلنى
فقتله فانه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الانفس
ومما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغى ان يباح
قطع يده اذا قال اقطع يدى كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالى اجاب عنه بقوله الا انه
لا يباح لعدم الفائدة اى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح
عند عدم الفائدة بان قال الق مالى فى البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اى الذى بالنكول
مفيد لاندفاع الخصومة فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع قال صاحب
العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال فى الشرح ان القطع لا يثبت بالنكول
والثانى ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد ولانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات و
عن الثانى بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر
فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله فى جواب البحث الاول والقطع فى السرقة خالص حق الله
تع وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان بين المراد حيث قال يعنى ان فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه

لو صرّح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء
بعدم تأتي البذل فيه انتهى اقول مدار رجته على ان يكون المراد ما يعنه وذلك ممنوع اذ يجوز ان
يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب
اليه الشافعي وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمراة وبين الحر والعبد وبين العبدين
فيما دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الاطراف
في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة ايماء الى سبب عدم
تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فتنبّه
كما لا يخفى **واذا امتنع القصاص في النفس** اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر **واليمين
حق مستحق** اي والحال ان اليمين حق مستحق **يحبس به** اي يحبس الناكل بذلك الحق كما في
القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا **قال** اي القدوري في
مختصره **واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام
كيلا يغيب نفسه** اي كيلا يغيب خصمه نفسه **فيضيع حقه** اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل
ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره **والكفالة
بالنفس جائزة عندنا** خلافا للشافعي **وقد مر من قبل** اي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من
قبل اي في اول كتاب الكفالة **واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا** اعلم ان اخذ
الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابرهيم النخعي انه يجوز
وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان مجرد الدعوى ليس
بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه
الاستحسان ما ذكره بقوله **لان فيه** اي في اخذ الكفيل **نظرا للمدعي** اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من
اقامة البينة عليه **وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه** اي على المدعى
عليه **بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه** من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير
على من ظلمه اي استعان به فاعداه الامير عليه اي اعانه عليه ونصره ومنه قول الشاعر • ونستعدي الامير
اذا ظلمنا • ومن يعدي اذا ظلم الامير • كذا في النهاية وغيرها **ويحال بينه وبين اشغاله** من الحيلولة

الحيلولة على لفظ المجهول ايضا **فيصح التكفيل باحضاره** بمجرد الدعوى **والتقدير بثلثة
ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح** احتراز عما روي عن ابي يوسف انه يؤخذ الكفيل
الى المجلس الثاني **ولا فرق في الظاهر** اي في ظاهر الرواية **بين الخامل والوجيه** يقال خمل
الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر **والحقير من المال والخطير** اي وبين الحقير من المال و
الخطير اي الشريف وعن محمد رح انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك
القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على
اعطاء الكفيل **ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر** اي معنى قوله حاضرة
حاضرة في المصر **حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب** بفتحتين مخففة الياء او بضم
الغين مشددة الياء **لا يكفل** اي لا يكفل خصمه **لعدم الفائدة** لان الفائدة هي الحضور عند
حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب
يؤوب **قال** اي القدوري في مختصره **فان فعل** اي فان اعطى خصمه الكفيل فبها **والا** اي وان لم يعط
امر بملازمته اي امر المدعي بملازمة خصمه **كيلا يذهب حقه** اي حق المدعي **الا ان يكون غريبا
على الطريق** اي الا ان يكون المدعى عليه غريبا على الطريق اي مسافرا **فيلازمه** اي فيلازم
المدعي المدعى عليه **مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس** اي وكذا لا يكفل
المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي **فالاستثناء منصرف اليهما** اي
الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة
جميعا **لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك** اي على مقدار مجلس القاضي
اضرارا به اي بالمدعى عليه **بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار** اي في مقدار مجلس القاضي **ظاهرا**
اي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء اوان قيام القاضي عن مجلسه
ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان
اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر
تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة و
السفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأل من يريد السفر فان

اجره مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة امينا من امنائه يسال ان فلانا هل استعد للخروج
معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له
عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الى آخر المجالس فان احضر المدعي
بينته في هذه المدة والا خلي سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلثة ايام الاجل
الاستعداد فقلنا بانه يجبر على عطاء الكفيل ثلثة ايام كذا في غاية البيان قال المص وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي يذكره المص هناك هو انه يدور معه اينما دار ولا يحبسه في موضع
لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة
انتهى وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويبعث امينا حتى يدور معه
اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف
بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول
على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رايت في
الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان
ياذن المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما
يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى فصل في كيفية
اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين اخذ اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان الكيفية
الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي
القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله تعالى او ليذر اقول ههنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله او باسم
آخر باسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه
وهذا صريح في ان اليمين كما تكون بالله تعالى تكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف وظاهر
المستفاد من قوله هنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا
قال هناك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا والمستفاد
ههنا ينافيه ايضا ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله

الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة
ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني
بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا انها كانت في المآل
فتامل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمراة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في
اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة
سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية وتؤكد اي اليمين بذكر اوصافه اي بذكر اوصاف الله تعالى
هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله
الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله
اي وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا اي على هذا المذكور وان ينقص منه اي من المذكور لان
المقصود من الاستحلاف النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين
ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومن لا يمتنع الا بزيادة التغليظ
فللقاضي ان يراعي احوال الناس والاصل فيه حديث ابي هريرة في الذي حلف بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب
لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط
ان يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين
غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها و
ان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول و
احوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالراي فيه الى القاضي
وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه انه يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على
غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير لمثل ما قلنا في القيل
الاول قال اي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله
عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي

يحلف ان بذلك اى بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا تعليل فى مقابلة
النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف فى موضعه وفى
فتاوى قاضى خان وان اراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى
ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح
ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا
واجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان مست الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بان
الرأى الى القاضى وفى فصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه
بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان
المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتى ان الرأى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق
فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تخلص من هذه المذكورات كلها ان للقاضى
ان يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وانه يفتى بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن
ليس له ان يقضى بالنكول عنه ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم
قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى لم ينفذ
قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء به
بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر فى بيان دليل ابى حنيفة رح على عدم جواز الاستحلاف
فى الاشياء العديدة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول
علة لعدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اى القدورى فى مختصره و
يستحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام والنصرانى بالله
الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله اى لقول نبينا عليه الصلوة والسلام لابن
صوريا الاعور وفى المغرب ابن صوريا بالقصر اسم اعجمى انشدك بالله الذى انزل التورية
على موسى عليه السلام ان حكم الزنا فى كتابكم هذا اى التحميم هذا الحديث اخرجه مسلم فى الحدود
مسندا الى البراء بن عازب رضه قال مر النبى بيهودى محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزنا فى

فقال

الزنا فى كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال انشدتك الله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام هكذا
تجدون الزنا فى كتابكم فقال اللهم لا فلولا انك نشدتنى بهذا لم اخبرك نجد الزنا فى كتابنا الرجم ولكنه كثر
فى اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا
تعالوا فنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فجعلنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم انى اول من احيى امرك اذ اماتوه فامر به فرجم و
قال الشراح وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه فى سنن ابى داود عن سعيد عن
قتادة عن عكرمة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له يعنى لابن صوريا الحديث وهذا مرسل و
لان اليهودى يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصرانى نبوة عيسى عليه السلام اى يعتقد
نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ليكون زاد عا له عن الاقدام
على اليمين الكاذبة ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وهكذا ذكر محمد رح فى الاصل وذلك
لان المجوسى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن ابى حنيفة
رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر
النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغى ان تعظم لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يحلف
المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وفى المبسوط و
كانه وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فلمقصود النكول قال بذكر ذلك فى
اليمين انتهى بخلاف الكتابين اى التورية والانجيل لان كتب الله تعالى معظمة فيجاز ان يذكر
مع اسم الله تعالى والوثنى لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال
الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى
لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى
حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن
الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول قال اى
القدورى فى مختصره ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم لان القاضى لا يحضرها اى لا يحضر بيوت عباداتهم

للحرج بل هو ممنوع عن ذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي
اي مكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في المأخوذ للمحن وان سأل المدعي القاضي ان يبعث به
الى بيعة او كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس ان يفعل اذا اتهمه كذا في غاية البيان قال اي القدوري
في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم
وهو حاصل بدون ذلك اي بدون تعيين الزمان والمكان وفي ايجاب ذلك حرج على
القاضي حيث يكلف حضورها اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع
اي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال
عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي
عليه الصلوة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك
يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع قال اي القدوري
في مختصره ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع
فيه قائم ولا يستحلف بالله ما بعت يعني يستحلف على الحاصل دون السبب اعلم ان
هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل او السبب والضابط في ذلك ان
السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان
كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل
عند ابي حنيفة ومحمد رح وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا عرض المدعى عليه برفع
السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لانه قد يباع العين
ثم يقال فيه من الاقالة اي ثم يطرئ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى
عليه على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه و
يستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده اي رد المدعى ولا يحلف بالله ما غصبت
هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه قد يغصب اي قد يغصب الشيء
ثم يفسخ اي يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب
ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا

ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية واكثر الشراح هذا على قولهما لان الاستحلاف
في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان
كان يجري على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري
على قول محمد فقط اذ الاستحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما ينادي
عليه قول المص فيما سيأتي اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المص
هناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فح يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل
مطلقا اي سواء عرض او لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
رح اما على قول ابي يوسف آه اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المص في التعليل لانه قد يطرئ
عليه الخلع اي يطرئ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا لتضرر به
فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا ايضا من قول القدوري فكأنه زاد ذكر الدعوى في هذه
المسئلة التي هي اخرى المسائل المتناسقة المذكورة ههنا ايماء الى انها معتبرة في المسائل السابقة
ايضا الا انها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المص في تعليل هذه المسئلة
لان النكاح قد يجدد بعد الابانة وفرع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله فيحلف
على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء
ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما
لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المص هذا على التغليب اي تغليب حكم
سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح عنده ثم ان بعض الفضلاء
قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة
ومحمد رح وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض
عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان
قول المص اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب يابى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح

المص ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون الخلاف بين ابي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في
كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك اى في جميع ما ذكر من الوجوه على
السبب الا اذا عرض بما ذكرنا اى الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض
ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت ايها القاضي ان الانسان
قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فتدبر فح يحلف على الحاصل اى فح يحكم
القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى
عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه اى روى
عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
وفي فتاوى قاضي خان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة و
في الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راى القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اى التحليف
على الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اى اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع
برافع الا اذا كان فيه اى في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى فح يحلف
على السبب بالاجماع وذلك اى ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعى
مثل ان يدعى مبتوتة نفقة اى نفقة العدة والزوج ممن لا يراها اى لا يرى نفقة العدة
للمبتوتة او ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها بان كان شافعيا لانه لو
حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى فان قيل في
التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم او
سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب
المدعى اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه
انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر
الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اى ان كان سبب
ذلك سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى
العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا فائدة في التحليف

التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على
تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل
بالارتداد بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل اى ما هي حرة او ما هو حر في
الحال كذا في الكافي لانه يكرر الرق عليها اى على الامة بالردة واللحاق بدار الحرب والسبي وعليه اى
ويكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا ولا يكرر على العبد
المسلم لما ذكرناه آنفا قال اى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ورث عبدا او
ادعاه آخر ولا بينة له استحلف اى الوارث على علمه اى بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعى لانه
لا علم له اى للوارث بما صنع المورث فلا يحلف على البتات اذ لو حلفنا عليه لامتنع عن اليمين
مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني
ان وهب له عبد او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق للجواز
لليمين اى لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل
بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كا
كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك
سبب يثبت الملك باختيار المشترى ومباشرته لو لم يعلم المشترى ان العين الذى اشتراه ملك
البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت
الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يستحلف الوارث
بالعلم والمشترى والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من
كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على فعل
نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل انى يستقيم هذا ولو
ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان
الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا
في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان
وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبته

العين منى يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على
العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا
العين منى او غصب هذا العين منى يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا
الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب بيانه
ان المشترى اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه و
ادعى انه ابق او سرق في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله
ما سرق في يدك وهذا التحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن
العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي
يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم
الا اذا كان شيئا يتصل به فح يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان
ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى
عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت منى استاجرت منى استوهبت
منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات
وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذى استحلف لا علم لي
بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال قبض صاحب
الوديعة الوديعة منى فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع و
سلم الى المشترى ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل
مع يمينه فاذا حلف برئ المشترى ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل و
هذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعى ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له
علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام الكاكي
انه في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين
على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم
ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول

الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع وجبت اليمين فيه على
البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي
كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين
على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه
بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق
ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع
لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا
فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل عنها
كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس مستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء
حيث ذكر في النهاية وقال وفيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين
على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورايت فيما
كتبت من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب
اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر
ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى
ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو
نكل عنه يقضى عليه وان وجه الاشكال توجه ما ذكراه واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما
اما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يتوهم نكوله عن الحلف على البتات
لو حلف عليه لا ان يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من اسباب القضاء
هو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لا لعلمه بعدم فائدة
اليمين على العلم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجرى الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا
عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد في الجامع الصغير في
كتاب القضاء ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه
منها اي صالح الآخر المدعى من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء

قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون
على مال اقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية و
معراج الدراية **وهو** اي الافتداء عن اليمين **ماثور عن عثمان رضي الله عنه** قال صاحب العناية
ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما
فاعطى شيئا فافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق
قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة
آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين
ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول
وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك
ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد
اليمين على المدعى والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء
فيه نظر فان المقداد اذا اقضاه اربعة آلاف كيف قال عثمان انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة
ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى واقول نظره قطعا
بشقيه اما شقه الاول فلان معنى قول عثمان انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل
سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا ان الباقية في ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى ان
قضاء اربعة آلاف انما ينافي الثاني دون الاول فان قلت يشكل ح قوله والجواب كان يدعي
الايفاء على عثمان اذ النزاع ح يكون في الايفاء والقبض دون مقدار اصل القرض كما ذكرت
قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر
ذلك ويقول بل اوفيت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة
آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في مقدار اصل القرض فتسلم القصة عن تعارض
طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي واما شقه الثاني فلانه لم يدع احد ان
القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة فيصلح ان يتخذه
الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعى وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان

انما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود التنبيه على
ان قول المص وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها
وقد اشار اليه صاحب العناية حيث قال اولا ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه
فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين
على المدعى واعلم ان صاحب النهاية قد اوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد
اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفوائد
الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف و
انت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول
من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة رد اليمين على المدعى ان عثمان رضي الله عنه كان
مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعى ما روى ان عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر
رضي الله عنهم الى ان قال ليحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روي ان مقداد
ابن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف
فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول
وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد ليحلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان
فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف و
قد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى
الايفاء على عثمان وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية **وليس له ان يستحلفه على تلك
اليمين** اي ليس للمدعي ان يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها او صالح منها على
مال **ابدا** اي في وقت من الاوقات **لانه اسقط حقه** اي لان المدعي اسقط حقه في يمين
المدعى عليه بالافتداء او الصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان له ان
يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر
المعتبرات **باب التحالف** لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين
لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع **قال** اي القدوري في

مختصره واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما اي المشتري ثمنا بان قال مثلا اشتريته بمائة وادعى البائع اكثر منه بان قال بعته بمائة وخمسين او اعترف البائع بقدر من المبيع قال هو كذا وادعى المشتري اكثر منه والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضي له بها اي بالبينة لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارضة كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى اولى لما قامت بينهما معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المص فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة و المفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وتظير هذه المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينة من لا اتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف

الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد و المشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت ببينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ ح ينفي المشتري ايضا ببينته حق البائع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضي له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نم ان المشتري ينفي ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه نفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار و يسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع لان المقصود وقيل للبائع اي ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعة ورفع الخصومة وهذا جهة فيه اي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة لانه ربما لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا علما به اي بالفسخ يتراضيان اي بمدعي كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكسه ايضا جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالاقل بالرضى فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فليتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر قال صاحب النهاية في شرح قول المص فان لم يتراضيا اي بان يعط كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور

لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا في الثمن و
المبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان
يدعي احدهما ثمنا ويدعي الاخر اكثر منه وان صورة الاختلاف في المبيع ان يدعي احدهما قدرا
من المبيع ويدعي الاخر اكثر منه فلو اعطي كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين
لزم اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا
حكم عام للصور الثلث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في
شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري
من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد
من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا
لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب
ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا
ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع و
المشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية
او مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الاخر فيجري معنى الكلام ونحوى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل
القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس
لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر ما ادعاه البائع والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على
المنكر بالحديث المشهور واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي
شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره
فيكتفى بحلفه اي كان القياس ان يكتفى بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا بعد
القبض ينبغي ان لا تقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال
فيما قبل فاقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا

معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة
وبينة المدعي صورة تسمع على ما مر جوابه كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان
كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا
ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر
الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع على ما ذكروا ولك ان تقول في الجواب عن اصل
السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا
وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرف من يتتبع الكتب وهذا الوجه
من الجواب هو الاوفق لما رايناه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر
اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق
القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو
الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن آه بتلك الصورة
فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة ابعد الصور المذكورة
فالاشارة اليها ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف
قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في
صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع
ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر
فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي البائع شيئا لان الثمن سالم له بقي دعوى المشتري في
زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك
الصورة حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان
بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر انتهى فاذا
لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة
الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا
لا موقع له في الظاهر واما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الى آخره يصير

اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا الكلمة هذا في بيان الاصل المذكور
ولكنهم ذكروا ايضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط و
يمكن توجيه الكل بعناية فتامل لكنا عرفناه بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلفه
يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف
بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال
صاحب العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح و
ان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في
كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص ثم يكون هذا الحديث راجحا على
الحديث المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى ايضا فيما نحن فيه واما
الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته
حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما يأتي فيما مر فهو
اذن مرجوح قال اي القدوري في مختصره ويبتدئ اي القاضي بيمين المشتري قال المص وهذا قول
محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح احتراز عن القول الاول لابي
يوسف كما سيجيء لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار
قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم
هو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان
الظاهر ان مدار ما ذكره المص على كون البادي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد كما
يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكرا
للشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين
لا حاجة الى حمل الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه
تتعجل فائدة النكول اي بالابتداء بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير
الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتاويل الفائدة بالنفع ولو بدئ بيمين البائع
تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن

الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته اولى كذا في الكافي وكان ابو يوسف
رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن انه رواية عن ابي حنيفة
رح وهو قول زفر كذا في العناية وغيرها لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما
قال البائع وجه الاستدلال انه عليه السلام حصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما
قال البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول قول البائع
وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفي بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه وفي غاية
البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري
معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه
وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه
دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما منكر في كل واحدة
من الصور الثلث المذكورة هنا اذا اختلفا قبل القبض واما فيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة
الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن
المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام
واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في
اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا
الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا
كان البيع بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي
بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف لاستوائهما اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين
ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكر
في الاصل وقال في الزيادات يحلف اي البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي
تاكيدا قال المص والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا
على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم لهم

ابتداء القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري صح

اي على انها وضعت على النفي حا

قائلا وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد انتهى اقول بل ينافيه لان
وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما ارشد اليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية و
دل عليه كلام المص حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو
على ما هو حقه افادة لقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو
بطريق التاكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك ان الذي يجب
عليه شرعا ويكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد
عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر
المزبور ~~ولبعض الفضلاء~~ كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها
وردها مخافة التطويل بلا طائل قال اى القدوري في مختصره فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما
اى ان طلبا او طلب احدهما كذا في الكافي والشروح قال المص وهذا اى الذي ذكره القدوري
يدل على انه اى البيع لا ينفسخ بنفس التحالف وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف
لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في
الكافي وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد
منهما فيبقى بيع مجهول اى بقي بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول هذا لا يتم في صورة كون
الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى ان يكون مراد المص اعم من ذلك اى بقي بيع مجهول اما
بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع او بجهالة الثمن فيما اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن
معا فيما اختلفا فيهما فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة بينهما او يقال اذا لم يثبت البدل للتعارض
بين قوليهما بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع اى البيع الفاسد
وما لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت
المبيعة فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح قال اى القدوري في مختصره
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه اى الناكل جعل باذلا لصحة البذل في
الاعواض فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته اى بثبوت ما ادعاه
الآخر لعدم المعارضة اقول في تقرير المص شيء وهو انه ساق الدليل على اصل ابي حنيفة حيث

حيث قال جعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على اصلهما
مع ان مسئلتنا هذه اتفاقية بين ائمتنا فكان الاحسن ان يقول لانه صار مقرا بما يدعيه
الآخر او باذلا له كما قال صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم ان الامام الزيلعي زاد في
شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال و
هو المراد بقول المص لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على
اعتبار انه بذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده
البذل انتهى قال اى القدوري في مختصره وان اختلفا في الاجل اى في اصله او قدره كذا في الشروح
او في شرط الخيار اى في اصله او قدره ايضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان او في استيفاء
بعض الثمن وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المص لان ذلك مفروغ
عنه باعتبار انه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية فلا تحالف بينهما
عندنا وبه قال احمد وقال زفر والشافعي ومالك يتحالفان ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا
بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط
الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في اصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا في
الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في اصله او في
قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع
انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس ببعيد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا
كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية
سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور امر هذه الصورة قال المص في تعليل المسائل
المذكورة لان هذا اى الاختلاف في الاجل او شرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف
في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف
لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق
فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب
التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار

استيفاء الثمن فكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن تحالفا فلا اختلاف فيما ذكر
من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما في
الشروح والكاف ههنا فاشبه الاختلاف في الحط اى في الحط من الثمن والابراء اى الابراء
عن الثمن ولا تحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في
الامور المذكورة وهذا اى كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود
به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اى شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في
الحط والابراء لان بانعدامه اى بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء
بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد لان العقد بلا شرط واجل جائز فاذا اختلفا في الشرط
او في الاجل وحلفا بقى العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في الثمن
او المثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد و
وجه اخر وهو ان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو اختلف
الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا تقبل واذا اختلفا في العقد
كان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد الا
يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف تقبل في العقد
بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر
الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضي خان بخلاف الاختلاف في
وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف
فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر اى في قدر الثمن في جريان التحالف لان ذلك اى الاختلاف
في وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن اى الى الاختلاف في نفس الثمن فان الثمن دين
وهو اى الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف
وهو الثمن ولا كذلك الاجل اى ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن لانه اى
الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط نور هذا بقوله الا يرى
ان الثمن موجود بعد مضيه اى بعد مضى الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج

معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى قال اى القدوري في مختصره والقول قول منكر
الخيار والاجل مع يمينه لانهما اى الخيار والاجل يثبتان بعارض الشرط اى بشرط
عارض على اصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لانه
بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال اى القدوري في
مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا اى فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في
مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط لم يتحالفا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري اى مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اى على هذا الخلاف اذا
خرج المبيع عن ملكه اى ملك المشتري او صار اى المبيع بحال لا يقدر اى المشتري على رده
بالعيب بحدوث عيب في يده لهما اى لمحمد والشافعي رح ان كل واحد منهما اى من
البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فان البيع بالف
غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة

مطلب

وانه يفيد دفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات
هذا الكتاب ولهذا كان الشراح ههنا طرائق قددا ولم يات احد منهم بما يشفي العليل قال
صاحب النهاية اى وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع
على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر
وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف
التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف فاجاب وقال بل فيه فائدة و
هي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان
قيل هذا يحصل بتحليف المشتري رح فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة
بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد
اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما اولا فلانه

لما فسر الدفع الواقع في كلام المص بالاعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث
قال اى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول
المشترى عن الحلف وجعل مراد المص ان فائدة التحالف عند محمد هى اعطاء المشترى الزيادة
التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى اتجه عليه السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل
بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التى حمل
عليه مراد المص ههنا بتحليف المشترى فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشترى وحده
ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاؤه زيادة الثمن التى يدعيها البائع وان اراد انه
لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشترى فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لانه يورد
ما حمل عليه مراد المص ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل
انه اذا نكل بعد نكول المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس
بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد
نكول المشترى يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان اراد به انه
اذا نكل بعد حلف المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه
عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشترى ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع
وايضا يتجه على مجموع الجواب ان الامر الثانى وهو اندفاع الزيادة عن المشترى يحصل بتحليف
المشترى ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشترى يحصل
بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذى ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشترى
وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعنى ان
التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا
انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المص على معنى المنع حيث جعلاه
من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول
البائع انما يتصور بعد حلف المشترى لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشترى قد
حصلت هذه الفائدة اعنى دفع زيادة الثمن عن المشترى فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد

بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعنى ان التحالف
يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت
الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المص
من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشترى وان مراده
بالنكول نكول البائع دون نكول المشترى لان الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشترى
انما هو نكول البائع واما نكول المشترى فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها
فاذن يؤول قوله يعنى ان التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه
بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد على ذلك و
يزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله ان يكون
اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول
البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان
يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشترى اندفعت الزيادة المدعاة
بان ينفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع يندفع الزيادة المدعاة
عن المشترى بان يقضى بما ادعاه المشترى وهو اقل الثمنين لا بان ينفسخ البيع على قيمة الهالك
فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون
قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان تكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم
من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر
فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع اه على صيغة المبنى للمفعول
من التفعيل وان يكون المعنى واذا حُلِّف البائع اندفعت الزيادة المدعاة الا بنكول
البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فح يلزم
الاستدراك في قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء
قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اى بنكول المشترى وقال
قوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف

البائع يعنى بعد حلف المشترى وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا

قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشترى ينفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى

اقول جميع ماذكره ليست بشئ اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول

متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلانه لايكون الكلام ح معنى معقول

اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة اى الثابتة فى الواقع بنكول

المشترى فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لاغير وان كان المعنى

يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له لان زيادة

الثمن اذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى تجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه

بل لايتصور التحالف عند نكول المشترى اصلا على ما مر غير مرة واما قوله يعنى بعد حلف المشترى

فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل آه عليه واما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه

آنفا من انه لايلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز ان تكون القيمة

مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة

الثمن اى فائدة دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى اقول وفيه بحث لان

دعوى المشترى لاتفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع و

انما الذى يفيد دفعها بينة المشترى او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان

المراد به معنى الاعطاء على ان الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشترى

ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المص ماذكره فات مقتضى المقام كما لايخفى على ذوى

الافهام ❊ فيتحالفان هذا نتيجة الدليل المذكور كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك

السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشترى

رد القيمة ولابى حنيفة وابى يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم

للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به اى بالتحالف فى حال قيام السلعة وهو قوله

عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك

السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحا

بقوله والتحالف فيه اى فى حال قيام السلعة يفضى الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد

منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اى بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اى

بالهلاك الا يرى انه لاينفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا

يرد الا على ما ورد عليه العقد فلم يكن فى معناه اى فلم يكن وقت هلاك السلعة فى معنى وقت قيام السلعة

فبطل الالحاق ايضا ولانه لايبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن

قول محمد والشافعى ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره الا يبالى

باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء

كان الامر على ما زعم هو او البائع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فى الالف والالفين بلا سبب

فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى الدنانير

والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لايسلم

للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة كذا قرر المقام فى

الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافى وقال صاحب العناية فى تقريره قوله ولانه لايبالى الخ

جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اى

سلمنا ذلك لكن لايضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا

ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على

البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ثم قال وهو نقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا او

هبة فان فى كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بثبوته بالنص على

خلاف القياس وعن الثانى بانه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد رح انتهى و

انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى ان المراعى من الفائدة ما يكون من

موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من

موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترتب بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه

هذا زبدة ما فى الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير

التحالف غايته انه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على
عدم فهم معنى المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد ذلك
قطعا اذ لا اشكال ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه واما ملك
البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان
قوله غايته انه يملكه بالقيمة آه كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تعرف ثم ان صاحب
العناية بعد شرح المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف
وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض
الفضلاء على الجواب بان قال فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم
يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب
المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان لقائل ~~ان يقول~~ للتحالف قبل
القبض فائدة ما فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة
لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى
من الفائدة ما يوجبه العقد وهذا اي هذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة
هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم او الدنانير او المكيلات
او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان عينا اي فان كان الثمن عينا كالثوب
والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين يتحالفان اي بالاتفاق لان
المبيع في احد الجانبين قائم فان كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن ولا
يتعين احدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع فيوفر فائدة الفسخ و
هو التراد فيرد القائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل هذا
اذا اختلفا في قدر البدل وان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري انه
كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا
لا يتحالفان فالقول قول المشتري كذا في الكفاية قال اي القدوري في مختصره وان هلك احد
العبدين اي بعد قبضهما كذا في الشروح ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح

رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعني اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة
وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال
المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان
يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري الا فيهما كذا في كثير من الشروح
مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وانما اعاد ذكر لفظ
الجامع الصغير لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي
هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء
هناك قوله لم يتحالفا وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي قال
صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي انتهى
اقول يعني ان قوله ههنا يتحالفان في الحي ليس بمطابق بالتفسير الصحيح للتحالف على قول
ابي يوسف على ما سياتي وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لا ان يتحالفا على القائم
فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سياتي من التفسير الصحيح
فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحي حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى الى التفسير
الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فيجوز ان تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لاجل
الحي كما في قوله تع فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث ان امراة دخلت النار في هرة حبستها
على ما نص عليه في مغني اللبيب ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما
فسخ العقد في الحي لا ينافي ان يتحالفا على الحي والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف
على ما سياتي بيانه والقول قول المشتري في قيمة الهالك هذا من تتمة قول ابي يوسف
اقول في عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشتري انما يعتبر في حصة الهالك من الثمن
الذي اقر به المشتري كما سيجيء تفصيله لا في قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المص
فيما سياتي حيث قال فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا
قال صاحب الكافي وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي وينفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في
حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى وقال محمد رح يتحالفان عليهما اي على الحي والهالك

حتى يجب عليه حصة الهالك ... حكم انفساخ العقد ...

ويرد اى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى
قال صاحب العناية والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك يجهل فى
المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه و
لابى يوسف رح ان امتناع التحالف للهالك اى لاجل الهالك فيتقدر بقدره اى يتقدر
امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة ولابى حنيفة رح ان التحالف على خلاف
القياس فى حال قيام السلعة يعنى ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فى
حال قيام السلعة وهى اى السلعة اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها لانعدام
الكل بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفى
القياس والجواب عن قول محمد رح كما لا يخفى ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة اى باعتبار القيمة كما سيأتى وهى اى القسمة تعرف
بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز فلا يلحق بالتحالف حال قيام
السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول ابى يوسف كما ترى فان قلت
ما الفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا اقام القصار بعض العمل فى
الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة
ما بقى يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع و
فيه التحالف عند ابى حنيفة ايضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع
فى العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى واما عقد الاجارة
ففى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخه فى البعض لا يتعذر
فسخه فى الباقى كذا فى الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط اقول القائل ان يقول
هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول واما بالنظر الى الدليل الثانى فلا لان عقد الاجارة
وان كان فى حكم عقود متفرقة الا انه فى الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يتعين فيها
لكل جزء من المعقود عليه اجرة معلومة فلا بد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف
مع الجهل بعين ما قيل فى عقد البيع فينبغى ان لا يجوز ايضا الا ان يرضى البائع ان يترك حصة

والتحالف عند فوات بعضها لم يكن فى معنى المنصوص عليه لتضمنه تفريق الصفقة قبل تمامها لان حالة التخ بمنع تمامها ٥

حصة الهالك اصلا اى بالكلية لانه رح اى حين ان يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان اى اذا كان الامر كذلك
فيتحالفان وهذا اى توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر تخريج بعض
المشايخ اى عامتهم ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف لانه هو المذكور فى الكلام
فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند ابى حنيفة الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان
كما ذكرناه اراد به قوله فيتحالفان وقالوا اى قال هؤلاء المشايخ ان المراد من قوله فى
الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا القول
كان الظاهر فى التحرير من حيث العربية والمعنى ان يترك لفظ معناه من البين او ان يقال
ان قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا
ووجه الظهور ظاهر وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشترى
انما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا
الى التحالف فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند ابى حنيفة والقول قول المشترى مع يمينه الا
ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا زائدا على ما اقر به المشترى
فح لا يمين على المشترى لانه لما اخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى
قال صاحب العناية وكلام المص يشير الى ان اخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية
عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما
قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما انتهى وقال بعض الفضلاء
فيه ان اخذ الحى يكون معلقا بمشيتهما البتة ولعل الذى لا يعلق بمشية المشترى اخذ ما اقر به
من ثمن الهالك انتهى اقول هذا ليس بشئ لانه ان اراد بقوله ان اخذ الحى يكون معلقا بمشيتهما
البتة انه كان فى الكتاب معلقا بمشيتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور فى الكتاب الا ان يشاء
البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له ولم يعلق فيه اخذ الحى الا بمشية البائع وان اراد به انه
يكون فى الصلح معلقا بمشيتهما البتة فليس بمفيد له اصلا بل مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان
مراده ان اخذ الحى لو كان بطريق الصلح لكان معلقا فى الكتاب بمشيتهما كما يكون فى الصلح معلقا

بمشيئتهما البتة و لم يعلق فيه الا بمشيئة البائع **ثم تغيير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم**
اي في المبيع القائم على حاله وهو قول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف آه واما
صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف **واذا حلفا ولم**
يتفقا على شيء كان الاحسن في التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شيء وحلفا بتقديم لم يتفقا على
شيء على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع **فادعى احدهما الفسخ او كلاهما** اي او ادعى
كلاهما **يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك** والقول في
القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر فيكون القول قوله كما لو اختلفا
في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح **واختلفوا في تغييره** اي في تغيير
التحالف **على قول ابي يوسف رح** قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تغيير التحالف على
قول ابي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان هلاك
البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان
عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المص هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى
الكتاب اولا كما مر آنفا فكان لذكر تغيير التحالف عند ابي حنيفة ايضا مساغ وعن هذا ان الامام
الزيلعي بعد ان ذكر في التبيين تغيير التحالف على قول محمد وعلى قول ابي يوسف قال وعند
ابي حنيفة رح ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على
الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول ابي حنيفة عدم وجوب
التحالف استغنى عن التغيير فغيره على قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق و
لكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في
قول ابي حنيفة رح مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء
لم يذكر تغيير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تغييره على قول
ابي يوسف رح **والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع**
ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد
ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم

القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم
بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه
المذكور في الكتاب **فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما**
بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد
في القائم فان قلت اسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال و
ان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا
بانفسهما يرشد اليه ان الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او
طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما
يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكر ههنا يفسخ العقد ان اراد الفسخ بانفسهما على
نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافي ان يفسخ القاضي ايضا فيما اذا لم يفسخاه
بانفسهما بل طلباه او طلبه احدهما من القاضي وسيأتي التصريح من الشراح في مسئلة التحالف
في الاقالة بتساوي فسخ القاضي وفسخهما بانفسهما **ويسقط حصته** اي حصة القائم **من الثمن**
ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة
تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في العناية **ويعتبر قيمتهما في الانقسام**
يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما
يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري
نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم
القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب
على المشتري بقدر ما حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن **وان اختلفا**
في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة
الهالك خمسماية وقال البائع على العكس **فالقول للبائع** مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب
الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك
والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون

العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة
بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار
قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل
اوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التجشم ان فيما
ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما
يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت
منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في
الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ
كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال
التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا في النهاية و
اكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ
فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما
نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون الميت وتعذر الفسخ
في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف
الا يرى ان محمدا لما اجاز التحالف على الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن
الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف وتعذر الفسخ
فيه ايضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره
لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد
ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا
بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه تعتبر حينئذ قيمته يوم
القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما
نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا في

منفسخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير منفسخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا
فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم
القبض نظرا الى الانفساخ انتهى اقول وفيه ايضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة
واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد منفسخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام
لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ
قبل قبضهما فانه يلزم حينئذ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز واما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما
فلا يقتضي ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها اذ هي تتم بالقبض وهو جائز الا يرى
الى ما مر في باب خيار العيب من ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا فانه يفسخ العقد في المعيوب خاصة عند ائمتنا الثلثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد
تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما
تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه
بالحجة وان اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك
فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة قلنا ان الذي
وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في
قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت اولى بالاعتبار
كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضي خان وهو اي ما ذكر من قول
ابي يوسف وتفريعاته قياس ما ذكره في بيوع الاصل اي المبسوط اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن
ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان اختلفا في قيمة الهالك
اي في مسئلة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما
البينة اي في مسئلة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة
في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال المص

وهذا النفقة اى اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهى وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة
اى حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل عليه المص بقوله لانها اى الايمان
تتوجه على احد العاقدين اى لا على الوكيل والنائب وهما اى المتعاقدان يعرفان
حقيقة الحال لان العقد فعل انفسهما والانسان اعرف بحال نفسه فيبنى الامر عليهما
اى على الحقيقة والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل انفسهما فيجوز
ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل او تلجئة او غير ذلك فاعتبر الظاهر
في حقهما والبائع يدعى ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا اى كما اعتبر يمينه وتترجح اى
تترجح بينته على بينة المشترى بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا
وهذا اى ما ذكر في بيوع الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابى يوسف في التحالف
تفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال اى محمد في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى
جارية وقبضها اى ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع
المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح ويشير اليه المص بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض ثم
اختلفا في الثمن فقال المشترى كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان
خمسمائة فعلى رد الخمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع
في الثمن وحق المشترى في المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ
القاضى او فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية و
معراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر ان يقال النص الوارد في حق
التحالف وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا
لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيه
اى في التقايل بالنص لانه ورد في البيع المطلق اى في البيع من كل وجه والاقالة فسخ
في حق المتعاقدين وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في
حق المتعاقدين انما يتمشى على قول ابى حنيفة ومحمد رح لا على قول ابى يوسف رح فان الاقالة

الاقالة عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء
الوفاقية على الخلافية قلت كلام المص هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك
السؤال انما يكاد يتوجه على قول ابى حنيفة ومحمد لا على قول ابى يوسف كما لا يخفى فبنى الجواب
ايضا على اصلهما دون اصله فتدبر وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة
قبل القبض اى قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر
في اول الباب ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض توضيح لقوله وانما اثبتناه
بالقياس يعنى اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجارة يجرى
التحالف بينهما والوارث على العاقد اى ونقيس الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف
وارث البائع والمشترى في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما والقيمة على العين
اى ونقيس القيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشترى يعنى اذا
استهلك غير المشترى العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين
المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس
على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفي غاية
البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المص وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى
وفي بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية
كتابه الصحيح استهلك المشترى انتهى وفي معراج الدراية الصواب اذا استهلكه في
يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المص او الصواب
استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى
ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابى حنيفة وابى يوسف رح
خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا يعنى ان محمدا رح يرى النص
وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا
بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى
لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة

بيع عند ابى يوسف رح فيكون متناول النص فينبغى ان يجرى التحالف عنده بعد قبض
البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة
انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن ان يتناولها النص
الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف لكان ذلك مانعا عنده عن ان يتناولها
النصوص الواردة فى حق سائر احكام البيع المطلق ايضا مع ان احكام البيع المطلق
جارية باسرها فى الاقالة عنده على ما تقرر فى بابها ثم اقول فى دفع سؤاله ان اصل ابى
يوسف فى الاقالة هو انها بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول
فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة فيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن ولم يثبت قول
احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم
جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف
فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس قال اى محمد فى بيوع الجامع الصغير ومن اسلم
عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن اى فى راس المال فقال
المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم
اليه اى مع يمينه لان رب السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اى
لا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة فى باب السلم لا يحتمل النقض اى
الفسخ يعنى ان المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام
تحالفا وترادا والاقالة فى باب السلم لا تحتمله لانه اى الاقالة فى باب السلم ذكر الفقير
بتاويل التقايل اسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود
السلم بخلاف الاقالة فى البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشترى بعد
عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونور هذا بقوله الا يرى ان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب اى فقضى القاضى بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اى
فى يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود
المبيع ودل اى دل هذا الذى ذكر على الفرق بينهما اى بين السلم والبيع فان قيل
ما الفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن
فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان فى اقالة السلم اذا اختلفا فى مقدار
راس المال وان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض
المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا
فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال اى القدورى فى مختصره واذا اختلف
الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجنى بالفين فايهما
اقام البينة تقبل بينته قال المص فى تعليله لانه نور دعواه بالحجة وقال الشراح اما
قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه
منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية
لقبولها انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة هذا من تمام كلام القدورى قال المص فى
تعليله لانها اى لان بينة المراة تثبت الزيادة وقال فى توجيهه معناه اذا كان مهر
مثلها اى مهر مثل المراة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية فى تفصيل المسئلة وان
اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته اولا فان كان الاول فالبينة للمراة
لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت
شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى اقول فى تحريره خلل حيث حكم فى الاول
على الاطلاق بكون البينة للمراة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل
مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته
المراة فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فتتعارض بينتاهما
حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فتتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا
التفصيل فى عامة الكتب المعتبرة حتى المتون فى باب المهر بل صرح به صاحب العناية ايضا
فى ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المص معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما
ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان

اكثر مما ادعته لا التعميم لقسمى كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب الغاية فان عبارة
لا يخلو فى قوله وان اقاما فلا يخلوا اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا تقتضى شمول
الاقسام كما لا يخفى على ذوى الافهام • ولقد احسن الامام الزيلعى فى هذا المقام حيث قال
فى شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمراة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان
مثل ما يدعى الزوج او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر فكانت
اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المراة او اكثر كانت بينة الزوج
اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها
لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما
تتهاتران لانهما استوتا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون
احديهما اولى من الاخرى انتهى وان لم يكن لهما بينة الا ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا
عند ابى حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل
بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اى فى النكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع لان
عدم التسمية يفسده لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد على ما مر اى فى كتاب البيوع
بل فى هذا الباب ايضا حيث قال او يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد
فيفسخ اى البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد فى
البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح
او نقول ان التحالف انما شرع فى عقد يحتمل الفسخ لان الفسخ من احكام التحالف
ولا فسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه
قلت اما الاول وهو ورود النص فى البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك
موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لانه
الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح
احدهما على الآخر فى الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قبلت بينتهما وعينهما
لان كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله

بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر واما الثانى وهو ان الفسخ حكم
التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور فى الكتاب وايضاح ذلك هو ان التحالف
انما اوجب الفسخ فى التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما ببينة وعين الآخر
لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا اخلا فى البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ و
اما النكاح اذا اخلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح
لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا اشار فى الفوائد
الظهيرية انتهى وقد اقتفى اثره فى هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج
الدراية وصاحب العناية اقول فى كل واحد من الجوابين بحث اما فى الاول فلان
المعنى الموجب للتحالف وهو كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان
ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المراة بضعها الى الزوج واما بعد
التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعى على المراة ح شيئا اذ المعقود عليه سالم له
بقى دعوى المراة فى زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر فى الاختلاف فى البيع
بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بموضوعة قبل القبض بل هى عامة لما قبل
القبض وما بعده بل كانت هى مصورة فى بعض الشروح بصورة تختص بما بعد
القبض فبقى السؤال فى هذه الصورة الا على قول محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض
ايضا كما مر واما فى الثانى فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ فى النكاح
وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع او التردد فى عدم ثبوت الفسخ
فى النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ فى
النكاح ينبغى ان لا يجرى فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا
فى الاقالة فى السلم لعدم احتمال الاقالة فى باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا
هذه فتامل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اى لكن
يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان اى مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل
اى مما اعترف به الزوج قضى بما قال الزوج لان الظاهر اى ظاهر الحال شاهد له اما

فى صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل واما فى صورة
كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها وان كان اى
مهر المثل مثل ما ادعته المراة او اكثر اى مما ادعته المراة قضى بما ادعت المراة لان الظاهر
شاهد لها ح لمثل ما بيناه آنفا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل
مما ادعته المراة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل
اى بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اى بسبب حلف المراة قال اى المص رضى
الله عنه ذكر اى القدورى التحالف اولا ثم التحكيم وهذا اى ما ذكره القدورى
قول الكرخى رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح
لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف اى وسقوط اعتبار التسمية انما هو
بالتحالف فلهذا يقدم اى التحالف فى الوجوه كلها يعنى فيما اذا كان مهر المثل مثل ما
اعترف به الزوج او اقل منه او كان مثل ما ادعت المراة او اكثر منه او كان اكثر
مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة فهذه خمسة وجوه ويبدا بيمين
الزوج عند ابى حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه
فيكون اول اليمينين عليه كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية
كما فى المشترى اى كما يبدا بيمين المشترى على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول
كما مر وتخريج الرازى بخلافه اى تخريج ابى بكر الرازى بخلاف قول الكرخى فان الرازى
يقول بتحكيم مهر المثل اولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد
ذلك لاحدهما قال المص وقد استقصيناه اى تخريج الرازى فى النكاح اى فى
كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابى يوسف وهو ان القول فى جميع ذلك قول الزوج
الا ان ياتى بشىء قليل وفى رواية الا ان ياتى بشىء مستنكر وتكلموا فى تفسيره على ما هو
بيانه فى كتاب النكاح فلا نعيده اى لا نعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا
اى قول الرازى هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد
له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره

ذكره الامام قاضى خان والمحبوبى انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخى هو
الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه ح
يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود
التسمية كيف يكون الظاهر مع الذى وافقه مهر المثل وقال صاحب العناية واقول ان
ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد
فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة
من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وانا اقول ان قوله ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره
يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم
ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافى كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه
هو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز
ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها
زيادة الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام فى المراد لا فى الارادة فتامل ثم قال
صاحب العناية ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان
فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب
بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم
بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى واقول فى جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل
امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال انهما ان كانا متفاوتين
فى المعرفة فمهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر فى باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرائب المراة
من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوى بين المراتين سنا وجمالا وعقلا ودينا وبلدا و
عصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة اذ يكفى
فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب فى الجواب ما ذكره صاحب النهاية
والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة
مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن

اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا
اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه
على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن يشهد
له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج
الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم كذا في العناية الا ان قيمة
الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها اي للمرأة قيمتها اي قيمة الجارية دون
عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد اي التراضي فوجبت القيمة اي قيمة
الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا
هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص معناه اختلفا في البدل اي الاجرة او في
المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري
التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم ان الظاهر كان ان يزيد المص على قوله في البدل او المبدل منه او فيهما كما زاده
صاحب الكافي ليتناول الصور الثلث الآتية فكانه اراد بقوله في البدل او المبدل
منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لا منع الجمع فيتناولهما ايضا فتدبر لان التحالف في
البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث ان كل واحد من المتبايعين
منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر على ما مر اي في اول هذا الباب
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما عقد
معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة لان وضع
مسئلتنا في الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في
الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف ههنا كما يجري
ثمه فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها
التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم وان العين المستأجرة اقيمت
مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين.

التبيين فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة
اي لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية اخذا من شرح تاج
الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول لان تسليم المعقود
عليه واجب اولا على الآجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان
كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم
العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة
الاجرة فيحلف انتهى وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب بحث من وجوه
الاول ان الموجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن
يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمه اياه وان لم يتوقف على قبض
الاجرة الا انه يتوقف على تعينها والا لم يكن الموجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه على
عينه المستاجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع و
هذا خلف والثاني ان ما ذكر ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون
الثمن فان المشتري ههنا كان ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على ان تسليمه لا يتوقف
على قبض المبيع مع انه يبدأ فيه بيمين المشتري كي يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في
الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة
فيحلف ان اراد به انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ
يلزم ح ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها في التحالف لا في حلف
الواحد وان اراد به ان للموجر ايضا انكارا الا ان في انكار المستاجر ما يقتضي البداءة بيمينه
فهو اول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر
حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يغير حكم النص في الفرع
بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان هذا منقوض
بالصورة الثانية الآتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين الموجر
فيلزم مما ذكر ان يغير فيها حكم النص وان لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه ان يبدأ بيمين

المشتري من غير فصل بين ان يقع الاختلاف في البدل وان يقع في المبدل على ما مرّ ثم
انّ التحقيق انّ حكم النصّ مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من
غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير
النصّ في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب وان وقع اي الاختلاف في المنفعة بدئ
بيمين المؤاجر لانه منكر لزيادة المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله
بذل او اقرار على ما مرّ وايهما اقام البينة قبلت لانه نوّر دعواه بالحجة ولو اقاماها
اي البينة فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة لان بينته تثبت الزيادة
ح وان كان اي الاختلاف في المنافع فبينة المستاجر اي فبينة المستاجر اولى
لانها تثبت الزيادة ح وان كان فيهما اي ان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا
قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدّعيه من الفضل نحو ان يدّعي هذا اي المؤجر شهرا
بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة لا يقال كان الاحسن
ان يقدّم ذكر احوال اقامة البينة على ذكر احوال اليمين والنكول لانّ المصير الى اليمين
بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المص الامر لانا نقول العمدة
في هذا الباب بيان امر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدّم الاهمّ في المقام فكانّ
صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غيّر اسلوب المص فقدّم ذكر احوال اقامة
البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء
المعقود عليه بتمامه لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا اي عدم التحالف
ههنا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لانّ هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانّ المنفعة وهي عرض والعرض
لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد رح لانّ الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما انّ
له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لانّ العين متقوّمة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها
فيتحالفان عليها اي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة ولو جرى التحالف ههنا وفسخ
العقد بناء على انّ فائدة التحالف هي الفسخ فلا قيمة اي للمعقود عليه لانّ المنافع لا تتقوم

المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تتقوم بالعقد وتبيّن انه لا عقد اي وتبيّن
بحلفهما انه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر ح انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك
كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف واذا امتنع فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي وهو الذي استُحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق
كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود
عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر هذا لفظ القدوري
في مختصره قال المص في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة فيصير اي العقد في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها اي على
كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه
قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان
المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه
القول قول المستاجر بالاتفاق كما مرّ آنفا بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا
تعذّر في البعض تعذّر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المولى
والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي فان اقاما البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة
وقالا يتحالفان وتنفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة
يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع انّ المولى يدّعي بدلا زائدا ينكره العبد و
العبد يدّعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدّعيه
والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رح
انّ البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لانّ الكتابة عقد معاوضة قد وجب
بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد
والتصرف للحال اللام في للحال متعلق بمقابل اي مقابل للحال وهو اي فك الحجر في حق اليد
والتصرف سالم للعبد لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب اي البدل
مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبله اي قبل الاداء

لامقابلة اى لامقابلة بالعتق والّا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا
نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الاجارة اصلا ثم ينتقل منها
الى المنفعة وهى المطلوبة آخرا فكذا فى الكتابة جعلنا الفك فى حق اليد والتصرف اصلا
فى ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا
فى النهاية والكفاية فبقى اختلافا فى قدر البدل لاغير يعنى اذا كان مايقابل البدل فى
الحال سالما للعبد فقد بقى امرهما اختلافا فى قدر البدل لاغير فلا يتحالفان لان العبد لايدعى
شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه
وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة
المولى اولى لانها تثبت الزيادة الّا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه
لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظيرها
لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه
بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لاترتفع بعد
النزول ويجب عليه البدل كذا ذكر الامام الزيلعى فى التبيين قال اى القدورى فى مختصره
واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اى مع اليمين
كذا فى جانب المراة كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضى خان والامام
التمرتاشى كالعمامة والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها
لان الظاهر شاهد له وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء
فهو للمراة كالوقاية والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر
لها قال الامام التمرتاشى الّا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلى
والخلخال وامثال ذلك فح لايكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المراة
تبيع ثياب الرجال كذا فى الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة
والعقار ونحوها فهو للرجل لان المراة وما فى يدها فى يد الزوج لانه قوام عليها والسكنى
يضاف اليه والقول فى الدعاوى لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع فى شئ وهو
فى يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص بها اى بالنساء لانه يعارضه
اى يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال
فجعل القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى
كذا فى الكافى وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف
فى آلات الاساكفة والعطارين وهى فى ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا
ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاساكفة
والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات فى ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى
اقول فيه كلام وهو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المراة شاهدا
فيما نحن فيه مع ان الظاهر مما ذكر فى هذا الكتاب وفى سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية
لاحدهما كاف فى الترجيح وان لم نشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
فى حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اى لافرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان
ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف ورثته مع
الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما ايهما كان لان اليد للحى دون الميت
اى لا يد للميت وهذا الذى ذكرناه يعنى من حيث الجملة لا من حيث التفصيل قول ابى
حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال
فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك كذا فى العناية
وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها وهذا الذى ذكره ابو يوسف فى
المشكل واما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار
جهاز مثلها هكذا ذكر فى المبسوط وشروح الجامع الصغير وفى لفظ الكتاب نوع تخليط
حيث لم يذكر قول ابى يوسف هذا فيما ذكر قولهما فى حق المشكل وكان من حقه ان
يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به
مثلها كذا فى النهاية ومعراج الدراية والباقى اى من المشكل للزوج مع يمينه لان
الظاهر ان المراة تاتى بالجهاز تعليل لقوله يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى

اى هذا الظاهر وهو ان المراة تاتى بالجهاز ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وهو يده ثم فى الباقى لا معارض لظاهره اى لظاهر الزوج فيعتبر وقوله ثم فى الباقى الى هنا تعليل لقوله والباقى للزوج مع يمينه والطلاق والموت سوآء اى عند ابى يوسف لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسآء فهو للمراة وما كان لهما فهو للرجل اى ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابى حنيفة من الدليل وهو ان المراة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر فى الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه فى ماله فكما ان فى المشكل القول قوله فى حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقى منهما الى المتاع اسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقى منهما كذا فى النهاية ومعراج الدراية وان كان احدهما اى احد الزوجين مملوكا اى سوآء كان محجورا او ماذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر فى حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا فى الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنسآء فهو للمراة لذلك كذا فى الغاية وللحى بعد الممات اى والمتاع للحى بعد الممات سوآء كان الميت او مملوكا هكذا وقع فى عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو كذا فى الشروح واختار المص مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض فكان المتاع له وهذا اى ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون

المأذون والمكاتب عند ابى حنيفة رح وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ هو فى ايديهما قضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية فى سائر الخصومات فكذا فى متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا فى الغاية

فصل فيمن لا يكون خصما

لما ذكر احكام من يكون خصما شرع فى بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة فى المقام لان الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة واما ذكر الثانى فليتضح به الاول اذ الاشيآء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلى وان قال المدعى عليه هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندى او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى هذا لفظ القدورى يعنى اذا ادعى رجل عينا فى يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندى او غصبته منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى قال المص وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة اى اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى ايضا وقال فى النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندى او ما اشبه ذلك كذا فى الذخيرة انتهى لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعنى ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا اقر المدعى بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشيآء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى وقال ابن شبرمة لا تندفع اى الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اى عن الغائب لان

الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعنى ان ذا اليد اثبت بينة الملك للغائب و
اثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد فى ادخال الشئ
فى ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اى على اثبات الملك للغائب والبناء
على المتعذر متعذر قلنا اى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة مقتضى البينة شيآن
احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعى
وهو اى المدعى عليه خصم فيه فيثبت اى فيثبت دفع الخصومة فى حقه وبناء الثانى على الاول
ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المراة الى زوجها واقامتها
عطف على الوكيل اى واقامة المراة البينة على الطلاق يعنى ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل
رجل وكيلا بنقل امراته اليه فاقامت المراة البينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد
الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اى فى باب
الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن
المدعى عليه ولا تقبل فى اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة
البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة
وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك ولا تندفع اى الخصومة
بدون اقامة البينة كما قال ابن ابى ليلى فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه بلا بينة
بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن
التهمة فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة وجه الجواب عنه ما ذكره المص بقوله لانه
اى ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضى احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم فى اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا
ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا
لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود فى الشرع لانا نقول البينة لاثبات
اليد الحافظة التى انكرها المدعى لا لاثبات الاقرار كذا فى العناية واستشكل بعض الفضلاء
قوله فى السؤال وهو غير معهود فى الشرع حيث قال قد سبق فى اول كتاب الدعوى ان اليد لا تثبت

لا تثبت فى العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشئ اذ ليس
مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد فى الشرع كيف ولا يخفى
على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير فى المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض
للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار
الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المراة بالولد ايضا الى غير ذلك و
انما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد فى الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى
العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة فى دعوى العقار انما يجب على
المدعى لا على المدعى عليه الذى هو المقر وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب
اى جواب المسئلة كما قلناه اى يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل
لا يندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المحتال من الناس
قد يدفع ماله سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال
لابطال حق غيره اى يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه اثبات حقه
بالبينة فاذا اتهمه القاضى به اى بالاحتيال لا يقبله اى لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام
خواهرزاده فى مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلى بالقضاء
فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالا قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها
ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا فى غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت
العين قائمة فى يد المدعى عليه واشار اليه بقوله هذا الشئ اودعنيه فان الاشارة
الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة
لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع
عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى
عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت فى يده وديعة
لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا فى العناية وكثير من الشروح ثم ان الذى
ذكر فى الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه ولو قال الشهود

او دعه رجل لا نعرفه اى اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا تندفع الخصومة اى بالاجماع كذا فى
الكافى والشروح والظاهر ان مرادهم بالاجماع ههنا اجماع ائمتنا الثلثة او اجماع ما عدا ابن
ابى ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده فى اندفاع الخصومة كما مر قال المص فى تعليل
المسئلة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه ولانه اى ذا اليد ما احاله
اى ما احال المدعى الا معين يمكن للمدعى اتباعه فلو اندفعت اى الخصومة لتضرر به المدعى
اقول فى تعليله الثانى قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعى اولا حيث قال ما احاله
اظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعى اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة
ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار فى المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا
مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابى حنيفة وابى يوسف بالمسئلة
الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف
عنه هناك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعى تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا
حيث قال فى تعليل هذه المسئلة فى التبيين لانهم ما احالوا المدعى على رجل معروف
يمكن مخاصمته ولعل المدعى هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر
كان ان يقول المص ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة فى ان لا يعرفه
الشهود لا فى ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قال المص ان شهادة الشهود لما كانت
لاجل ذى اليد نسب حالهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز فى قوله لانه والضمير المستتر فى قوله
ما احاله راجعين الى الشهود بتاويل من يشهد ولو قالوا اى الشهود نعرفه اى الرجل
الذى اودعه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اى جواب المسئلة عند محمد رح
للوجه الثانى وهو قوله ولانه ما احاله على معين آه فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل
لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و
سلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه
ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا فى الكافى و
الشروح وعند ابى حنيفة تندفع لانه اى المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل

اليه من جهة غيره اى غير المدعى حيث عرفه الشهود بوجهه فحصل العلم بيقين ان المودع
غير هذا المدعى بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اصلا
فلم يكن يده اى لم يكن يد المدعى عليه فى الفصل الثانى يد خصومة لعدم كونها يد
ملك بل يد حفظ وهو المقصود اى ان لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده
وقد افادته الشهادة والحديث المار يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد
تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعى هو
الذى افر بعقه حيث نسى خصمه او اخره شهوده اى شهود المدعى عليه وهو
ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى وجهه ان الضرر
اللاحق بالمدعى انما لحقه من جهة نفسه حيث نسى خصمه او من جهة شهود المدعى عليه الذى من جهة
ذى اليد وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اى هذه المسئلة من بين مسائل
الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله وذكرنا
الاقوال الخمسة وهى قول ابن شبرمة وقول ابن ابى ليلى وقول ابى يوسف وقول محمد
وقول ابى حنيفة رحمهم الله تع واما لان فيها خمس صور وهى الايداع والاعارة والاجارة و
الرهن والغصب كما ذكروه ايضا وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ
القدورى يعنى ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشئ من الغائب فهو خصم للمدعى
لانه اى المدعى عليه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما كما لو ادعى ملكا مطلقا و
ان قال المدعى غصبته منى اى غصبت هذا الشئ منى او سرقته لا تندفع الخصومة
وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اى لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه اى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب او السرقة على ذى اليد لا بيده اى لم يصر ذو
اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذى اليد لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى
يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق
لانه اى ذا اليد خصم فيه اى فى دعوى الملك المطلق بتاويل الادعاء باعتبار يده حتى
لا يصح دعواه اى دعوى الملك المطلق على غير ذى اليد ويده مترددة بين ان يكون له ان يكون

خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون
خصما ويصح دعوى الفعل اى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى
اليد وان قال المدعى سُرق منّى اى ان قال المدعى سرق منى هذا الشئ على صيغة المجهول
وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة اى على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع
الخصومة هذا ايضا لفظ القدورى قال المص وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف وهو
استحسان وقال محمد تندفع اى الخصومة وهو القياس لانه اى المدعى لم يدع الفعل عليه
اى على ذى اليد فصار كما اذا قال اى المدعى غُصب منّى على ما لم يسم فاعله يعنى ان التجهيل افسد
دعوى السرقة فبقى دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال
غصب منّى على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة
هناك فكذا هنا كذا فى غاية البيان ولهما اى لابى حنيفة وابى يوسف رح ان ذكر الفعل وهو
السرقة يستدعى الفاعل لا محالة لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اى الفاعل
هو الذى فى يده الآن اى المدعى لم يعينه اى لم يعين الفاعل درءً للحد شفقة عليه اى على
ذى اليد واقامةً لحسبة الستر اى لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم تندفع
الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فاوجه الدرء اجيب بان وجهه انه
اذا جُعل خصما وقُضى عليه بتسليم العين الى المدعى ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع
يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يُجعل سارقا اندفع الخصومة
عنه ولم يقض بالعين للمدعى فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل
ان يصل العين الى المالك فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى اقول فى كل واحد من
السؤال والجواب نظر اما فى السؤال فلانه ان اراد بقوله وفى ذلك جعله سارقا ان فى ذلك الحكم
عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد به
ان فى ذلك مجرد جعله خصما فى دعوى كون ذلك الشئ مسروقا من المدعى فهو مسلم لكن لا يصح
لقوله فما وجه الدرء ح اذ وجهه ح ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كونه السارق
غيره واما فى الجواب فلان مقتضاه ان جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعى

المدعى فى مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال لدرء الحد وان الاحتيال لدرئه انما نشاء
من قبل الشرع لا من قبل المدعى وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور فى الكتاب
كما ترى غير تام فى نفسه لان ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك بيقين امر موهوم وخروج
العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها امر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع
الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير اودعها عنده فان اتلاف مال احد لدفع
ضرر موهوم عن آخر غير معهود فى الشرع فصار اى فصار ما اذا قال سُرق بصيغة المجهول
كما اذا قال سرقتَ بالتعيين والخطاب بخلاف الغصب اى بخلاف ما اذا قال غُصب منّى
بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق لانه لا حدّ فيه اى فى
الغصب فلا يحترز عن كشفه فلم يكن المدعى معذورا فى التجهيل ولو قال المدعى ابتعته
من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اى فلان الذى قال المدعى ابتعته
منه سقطت الخصومة اى اسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه بغير بيّنة هذا لفظ القدورى
قال المص لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه اى فى الشئ المدعى لغيره اى لغير صاحب
اليد فيكون وصولها اى وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة ان
يقول المص فيكون وصوله كما قال صاحب العناية ولكن يشبه انه قصد التفنن فى العبارة
الى ذى اليد من جهته اى من جهة الغير فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم اى المدعى
البينة ان فلانا اى فلانا المذكور وكّله بقبضه اى بقبض الشئ المدعى لانه اى المدعى
اثبت ببينته كونه احق بامساكها اى بامساك العين المدعاة كانه قصد التفنن ههنا
ايضا حيث قال اولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتأنيث باب ما
يدعيه الرجلان لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع فى ذكر حكم دعوى الاثنين لان الاثنين
بعد الواحد قال اى القدورى فى مختصره واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد
منهما يزعم انها اى العين له واقاما البينة اى على ما ادعاه قضى بها بينهما اى نصفين
وانما وضع المسئلة فى دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا فى نكاح امراة واقام كل واحد منهما
بينة على انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وكذا فى دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت

بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى عندنا في احد قولي الشافعي
تهاترت البينات ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي
القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء وفي الملك المطلق لان في المقيد
بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي
اي في المسئلة التي نحن فيها في قول تهاترتا اي البينتان اي تساقطتا وبطلتا ماخوذ
من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب وفي قول يقرع بينهما
اي بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل اي في كل العين في حالة واحدة وقد تعذر التمييز اي بين الصادقة
منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما فتتهاتران كما لو شهد شاهدان انه طلق امراته يوم النحر بمكة
وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن
به اولى كذا في النهاية والكفاية او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم
انت الحكم بينهما روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول
صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم
انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي
رواية عن ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه ذكره ابو داود ان رجلين اختصما
كذا في معراج الدراية مسلمه
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني
اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء
بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة كان
في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في الابتداء وقت اباحة
القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان
تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان

حديث القرعة في الابتداء ثم نسخ

لان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار

لان للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عنه
فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي والشروح ولان المطلق بكسر اللام اي
المجوز للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بفتح الميم بان يعتمد احدهما
سبب الملك كالشراء والآخر اليد فصحت الشهادتان قال صاحب العناية في حل هذا
المقام ولا نم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود
فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد
فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد
اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول الظاهر من تقريره انه
قد حمل قول المص ولان المطلق للشهادة آه على منع قول الشافعي ان احدى البينتين كاذبة
بيقين فيرد عليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من ان معنى صدق
الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته له لان استحالة اجتماع الملكين في كل العين
في حالة واحدة ضرورية فكذب احديهما اي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وما ذكره
في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي ان لا يكون مراد
المص بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك بل ان يكون مراده به القول بالموجب اي
اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما
محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك
فهي صحيحة سواء طابقت الواقع او لم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود
به في الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان
فيجب العمل بهما ما امكن لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب ما امكن وقد امكن
كذا في ... مسلمه
هنا بالتنصيف اذ المحل يقبله اي يقبل التنصيف وانما ينصف لاستوائهما اي
الاستواء المدعيين في سبب الاستحقاق وهو الشهادة فحاصل كلام المص ههنا
على ما وجهناه ان مدار العمل بالشاهدين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وان
وجه صحتهما ما ذكر يرشد اليه انه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان

ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولانم كذب احديهما بيقين واجاب عنه حيث
قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احديهما لنفس الامر من
اجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب
ان المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هنا والا لزم اجتماع اطلاق الشهادة
وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتامل انتهى اقول في
الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد ولانه هو الذى يمكن
ان يراد بلفظ الكذب ههنا بعد ان لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه
لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام و
من تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودى في قوله الاسلام حق
مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب
الشرعى على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى لاستدلال ائمتنا في هذه المسئلة
وايضا لو لم يكن الكذب الشرعى عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد
لما كان لما ورد في قواعد الشرع من انه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى لان الكذب بمعنى عدم
المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وايضا لا يندفع ما قاله الشافعى بمنع كذب
احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفى له كذب احديهما بيقين
بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احديهما للواقع فلم
لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احديهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد
اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظى فلا ينبغى
ان يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والا لزم اجتماع اطلاق
الشهادة وتكذيبها شرعا ان اراد به انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين
وتكذيبها بعينها فممنوع وان اراد به انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب
احديهما لا بعينها فمسلم لكن لانسلم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها
كان محتملا لا محققا فتامل قال اى القدورى في مختصره فان ادعى كل واحد منهما اى من

من الرجلين نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما
لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح
مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكى عن ركن الاسلام على السغدى انه لا يترجح
احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المراة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة
دخول احدهما بها الا ان يقيم الاخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة
قال المص وهذا اى الحكم المذكور اذا لم يوقت البينتان واما اذا وقتا فصاحب الوقت
الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافى قال صاحب الغاية ولقائل ان يقول
قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بجلى لانه انما يكون اولى اذا كان الثانى بعده
بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها
وتزوج بها الثانى والجواب ان في ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس
الكلام فى ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول
حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد
طلاق الاول واقيم البينة عليها كان صاحب الوقت الثانى اولى قطعا وليس مدار السؤال
على دعوى اولوية الثانى بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح
بعد طلاق الاول بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اى من غير تقييد بكونه بعد طلاق
الاول فيما اذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز ان الاول طلقها وانقضت
عدتها فتزوج بها الثانى كما ذكر في السؤال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما
الجواب الثانى فهو وان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما
عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان
قلت امكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثانى يحتمل ان يكون
بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال
يحمل امرها على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال
انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امراته لتصادقهما فان اقام الاخر البينة

قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر
في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امراة كل واحد منهما يدعى انها امراته ويقيم البينة
فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امراته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد
يترجح احديهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء واحدهما
قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما
امكن والامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من
الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان
يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فح سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن
في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ
في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة
فايهما اقرت المراة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون الآخر فهي امراته اما لان بينته تترجح
باقرارها لكونها في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق
احد الزوجين مع المراة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم
ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب وانه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما
نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المراة في بيت احدهما
ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المراة واما اذا كان بعد
وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى
بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يورخا او ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح
بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد وفرق
بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المراة
وهي لا تقبل الشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت
بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة
لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو تفرد احدهما

احدهما بالدعوى يعني ان الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد احدهما بالدعوى
والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك
لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني لان القضاء للاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل
دونه اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت
بالقضاء وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا ينهدم الراي بالراي كذا في
غاية البيان الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضى ح بما
ادعاه الثاني لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في
قول المص بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما مر جوابه
ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظ بيقين في تحريره وكذا اذا كانت المراة
في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قد مر بيان
هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط قال اي القدوري في
مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص معناه اي معنى
قوله منه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب
اليد فهو لا يخ اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل الذي يجيء بعد هذا
في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقام بينة اي اقام كل واحد
منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اذا اقاما من غير توقيت حيث
قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكانه اخذ ذلك من تصريح (واقتفى اثره الشارح العيني سهوا)
صاحب الكافي ههنا حيث قال ولم يوقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه
لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به
في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضي خان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب
مساعد للتعميم لهما ولو لم يعم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في
الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من
هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك فلكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف

[illegible]

[illegible]

الثمن وان شاء ترك قال المص لانه تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد
الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اقلا
من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد
الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده او
يا اخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط
العقد هو الرضاء وقد تغير لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه
بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل وايضا
الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى اقول الذي هو تصرف نفس في كلام القائل
ههنا ساقط اما قوله ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المص هذا
يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية
كما يظهر بالتامل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد آه فلان مراد صاحب العناية
ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان الرضى ايضا كذلك لتحقق
نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه وان مراد المص انه تغير شرط صحة عقده
لا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يا اخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد
ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور في كون احد وصفيه شرطا
للآخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد
العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا
بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في
وقت اطلق له الشهادة به انتهى واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث
فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك ايضا وسيجيء من الشارح
التصريح به في الورق الآتي وذكره الاتقاني ههنا ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب
الشارح لا يفي بدفع ما اذا اورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا
تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت ثم يتم جوابه فان ما يحتاج اليه

من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك
التقييد واما دفع السؤال عن مسئلة اخرى غير مذكورة في الكتاب ففضل من الكلام ههنا
فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب راسا كما بيناه ولكنه كلام آخر
موضعه ثمه ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره ايضا صاحب الكافي
وعامة الشراح وهو ان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك رجلين
كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز
وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا يستحيل ورود
البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا وان قضى القاضي اي بالعبد
بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا اختار الاخذ لم يكن للآخر ان يا اخذ
جميعه لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه اي في هذا النصف و
العقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف
يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه
بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما لو قال احدهما لا اختار
الاخذ قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان يا اخذ الجميع لانه
يدعي الكل وحجته قامت به ولم يفسخ سببه اي لم يفسخ سبب استحقاق الكل من شرائه
والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو
مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضي له بالكل ونظيره اي نظيرما
قال احد مدعيي الشراء لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين
قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون
للآخر ان يا اخذ جميع الدار ونظير الاول اي نظير ما قال احد مدعيي الشراء لا اختار
الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار تسليمه بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة
بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في
بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع

شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض
النسخ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره
قال المص لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه من ذلك
الوقت فاندفع الآخر به اذ قد تبين به ان الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه
باطلا ولو وقتت احديهما اي احدى البينتين ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت
لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده
فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس فما الوجه في
العمل بالاحتمال الثاني على ان الشك في ان احدهما متقدم على الآخر وموخر عنه يستلزم الشك
ايضا في ان الآخر مقدم عليه او موخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب
الكافي حيث قال ولو وقتت احديهما ولم يوقت الاخرى قضي به لصاحب الوقت لانه يثبت
له الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف
حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان
اولى انتهى وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره
قال المص ومعناه اي ومعنى قوله ومع احدهما قبض انه في يده اي القبض ثابت في يد
معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون
اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون
الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة
كذا في النهاية وغيرها اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة
التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو
للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المص في البين وهي قوله ولو وقتت احديهما ولم يوقت
الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد
انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا

الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة
وقد قال المص في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسئلة
فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال ههنا ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى
هذا ان يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتامل في التوجيه لان تمكنه
من قبضه يدل على سبق شرائه تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك
يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان
ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر
عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض
فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول قد اخذ
هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة
ان ما جرت عليه عادة المص في اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام يابى
ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه
اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فالذي ان
تحقيق مراده هو ان تمكن احدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ
لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا للغير
القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما
تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة
المص بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان
شاء الله تع ولانهما استويا في الاثبات اي ولان القابض وغير القابض استويا
في اثبات الشراء بالبينة وللقابض امر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل
ان يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وان يكون بعده في العقد فلا ينقض
يده فصار امره مشكوكا فلا ينقض اليد الثابتة بالشك لا يقال بينة الخارج اولى من
بينة ذي اليد فينبغي ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من

بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب
الكافي ههنا وقد مر جوابه في مواضع منها ما مر في اوائل باب اليمين قال صاحب العناية و
طولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض
فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمه محتاج الى اثبات الملك
لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى و
ههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في
البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه
انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتاكده بالقبض
فكان هو اولى انتهى اقول في الجواب بحث وهو ان الذي يثبت كل واحد من المدعيين
الملك له ثمه وبائع كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين
وكون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فيما اذا اثبت الملك لانفسهما مسلم واما فيما
اذا اثبتاه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذي ذكروا لاثبات كون بينة الخارج
اولى من بينة ذي اليد وهو ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا فان قدر ما اثبتته اليد
لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجري فيما اذا اثبتا الملك
لانفسهما لا فيما اذا اثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل **وكذا لو ذكر الآخر وقتا** اي ولو
ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذي اليد ايضا **لما بيناه** قال صاحب العناية بل عامة الشراح
قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انهم
حملوا قول المص فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على
المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر
الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان
اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة
الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذي هو الحال
فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان

وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر
الا انه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا يقضى
بالشك مثل ما ذكره المص فيما اذا لم يوقت احدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب
ان يحمل قول المص فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه
هناك ثم يجعل قوله ههنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه ايضا
كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي اشرنا اليها فيما مر آنفا **الا ان يشهدوا** اي شهود الخارج
ان شراءه اي شراء الخارج **قبل شراء صاحب اليد** فح يكون الخارج اولى **لان التصريح
يفوق الدلالة** يعني ان تقدم عقد الخارج ح يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة
حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح **قال** اي القدوري
في مختصره **وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا** قال المص **معناه من واحد** اي
معنى ما قال القدوري ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا
عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين ح سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد
تمام لفظ القدوري **واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرى اولى** وكذا الحكم اذا ارخا و
تاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام **لان الشرى اقوى**
اي من الهبة **لكونه معاوضة من الجانبين** والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت
بينة الشرى مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات **ولانه يثبت الملك
بنفسه** عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشرى اقوى اي ولان الشرى
يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء **والملك في الهبة يتوقف على القبض** ولا شك ان ما
يثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشرى اقوى من
الهبة يشهد بذلك قول المص فيما سياتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة
يثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين
كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة
ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره

قوله في تعليل قوله وان ادعى احدهما الشراء والآخر الهبة ... وجها عليه فيها تأمل
منه

ومن الغريب ما في تحرير الامام الزيلعي في التبيين حيث قال كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ويثبت الملك بنفسه انتهى
منه

بذا كما ترى انه جعل قول المص ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشرى اقوى فجعل كلا منهما دليلا
مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشرى كما هو صريح كلام صاحب الكافي ههنا لكن لا يخفى على
ذي مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشرى
اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المص ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة
من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشرى اقوى كما قررناه فيما قبل فبين مقامي كلامه
تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اى وكذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر
الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء
اقوى والهبة والقبض والصدقة سواء يعنى اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة و
قبضا فهما سواء حتى يقضى بينهما اى نصفين كذا في الكافي وغيره لاستوائهما في وجه التبرع
فان قيل لا نم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح
باللزوم لانه يرجع الى المآل اى لان اللزوم يرجع الى المآل اى يظهر اثره في ثاني الحال اذ
اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اى الترجيح انما يقع
بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل واجيب ايضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول
المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ايضا
لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اى القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام
والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها اى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع
طارئ يعنى ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه
فكان الشيوع طارئا وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء
لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة اما
عند ابي يوسف ومحمد رح فينبغى ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين
والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى بالعقد الذى
شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما يثبت الملك
بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا في العناية وغيرها قال اى القدوري

اى القدورى في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اى شراء شيء كعبد مثلا من
رجل وادعت امراة انه اى ذلك الرجل تزوجها عليه اى تزوج المراة المدعية
على ذلك المدعى فهما سواء اى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اى لاستواء
الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه هذا
اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق
اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وعن هذا قال صاحب
العناية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه تزوجها
عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفي
التبيين للامام الزيلعي ثم للمراة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق
الآخر نصف المسمى وللمشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء
فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى وهذا اى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف
رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة اى وللمراة على الزوج تمام قيمة
العين المدعاة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعنى ان العمل بالبينات مهما
امكن واجب لكونها حججا من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان
الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المراة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذ التزوج
على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجيز صاحبه فتعين
تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء
انما يتصور فيما اذا لم يورخا واما فيما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى و
المسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة
الثانية ولم نر عن احد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال
ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول الشهود مثلا
كان العقد في اول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم
والتأخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل قال

صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قال له محمد ان المقصود من ذكر السبب
ملك العين والنكاح اذا تاقي لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاقي الشراء فهما سواء في حق تملك
العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تاقي النكاح
تثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر
الامكان بخلاف ما اذا استويا بهما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا تثبت ملك العين
لمدعية المهر عند تاقي النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة
ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة
اذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما رهنا
وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره
قال المص وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في
النهاية ومعراج وجه القياس قوله لانها اي لان الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن
لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن
مضمون ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض
بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين
المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا فكانت اولى كذا
في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت
اولى من الرهن لانه بيع انتهاء اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة
باعتبار الخبر او بتاويل العقد والبيع اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان يثبت
الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط
العوض اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح
بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة
قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة
ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم

اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وان
اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري
في مختصره قال المص في تعليله لانه اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا
يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه اي والغرض ان الآخر لم يتلق منه هذا قول
ابي حنيفة وقول ابي يوسف آخرا وبه قال محمد اولا واما على قول محمد آخرا فيقضي بينهما ولا يكون
للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما ولم يورخ الآخر ففي النوادر عن ابي حنيفة رح انه يقضي بينهما
لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف
رح يقضى للذي ارخ وعلى قول محمد رح يقضى للذي لم يورخ لانه يدعي اولية الملك كذا في
النهاية نقلا عن الذخيرة وسيأتي تمام بيانه في الكتاب ان شاء الله تعالى قال اي القدوري
في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المص معناه من غير صاحب اليد اي معنى قوله من
واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة
فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت ان يكون دعواهما الشراء
من صاحب اليد او من غيره بعد ان يكون البائع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها
رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان ارخا وتاريخهما على السواء او
لم يورخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فالسابق اولى لانه اثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه احد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت
ويتبين ان الآخر اشتراها من غير المالك وان ارخ احدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ اولى تعليلا
لنقض ما هو ثابت لانا اذا جعلنا المورخ اولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير واما اذا
قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت
الامران بالبينة واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل انه اشترى
هذه الدار من فلان ذلك بعينه فان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما و
ان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان ارخ احدهما ولم يورخ
الآخر فالمورخ اولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى اكثر الشراح اثر صاحب النهاية في مؤاخذة

كذا سمى رجلا آخر وجاء رجل آخر و ادعى انه اشترى هذه الدار من فلان

المص ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم
التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه
من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك انه
لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم انتهى اقول الحق ما قاله صاحب
الكفاية وتوضيحه ان الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احديهما ههنا والاخرى
في اثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه حيث
قال هناك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فخرف
المص قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب
اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه اصلا والعجب ممن ظنوا
فيه انهم قالوا بصدد شرح قول المص فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد
منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخ اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين
فالحكم على التفصيل يجئ بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا و
لو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد اذ لا يجئ في الكتاب مسئلة ان
ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبان فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف
لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا ايضا الاحتراز عن التكرار **واقاما البينة على تاريخين**
هذا من تتمة ما سبق اي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد واقاما البينة على
تاريخين **فالاول اولى** اي فصاحب التاريخ الاول اولى **لما بينا** اي في مسئلة ان ادعيا
الشراء من صاحب اليد **انه اثبته** اي ان صاحب التاريخ الاول اثبت الشراء **في وقت**
لا منازع له فيه اي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به **وان اقام كل واحد منهما البينة على**
الشراء من آخر كأن اقام احدهما البينة على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو
وذكرا تاريخا فهما سواء قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية اي ذكرا تاريخا واحدا و
اما لو ذكرا تاريخين فالسابق اولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه
يرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية

العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية
اخذا من الكافي اي سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما
يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون
التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين
لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي
لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه
والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز
اقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو
اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان احدهما اسبق تاريخا
كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضي خان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما
من رجل آخر انه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت
الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر
يقضى بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدايع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد
مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك
وان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا عند
محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد في الاملاء انه
سوى بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يورخا ملك
البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من
نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين
ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه اولى كما لا يخفى
قال المص في تعليل المسئلة المذكورة **لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا** الخ فيكون
البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا **ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل** من ان
كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **ولو وقت احدى البينتين**

وهو يملكها واقام الآخر البينة انه اشتراها من فلان وهو

وقتا ولم يوقت الآخر قضى بينهما نصفين يعنى اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احديهما لا يدل على تقدم الملك اى على تقدم ملك بائعه يعنى ان كل واحد من المدعيين مهنا خصم عن بائعه فى اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه لجواز ان يكون الآخر اقدم اى لجواز ان يكون البائع الآخر اقدم فى الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اى المدعيين اتفقا فى هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اى لا يؤخذ الا من جهته اى من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام فى توقيت احدى البينتين لا فى اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك فى هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل التقدم على الآخر والتأخر عنه الا ان هذا الفرق لا يجدى نفعا اذ الظاهر ان لا حكم فى هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف انه اسبق من الآخر فالوجه فى تعليل كلام المص ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا فى غاية البيان وشرح تاج الشريعة وقد مر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافى فتذكر ثم قال صاحب العناية وللقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين بما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقى فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له فى الفرق لجواز ان يقال من ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا فى الفرق لان البائع اذا كان واحدا

كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يفد وان تقدم ملك فتعارضا فيترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفى ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى اقول فى الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز ان يوكل واحد رجلين يبيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل فى وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافى وعامة الشراح لدفع السؤال بتحقق كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قوله فيترجح بالوقت غير تام لان الشك فى ملك غير الموقت يستلزم الشك فى ملك الموقت لان تقدم احدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم احدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك فى ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك فى ملكه ايضا ولا شك ان الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له فى ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تعارض لا يزيد شيئا على التساوى والتساقط فما يصلح للترجيح فى مرتبة من التعارض ينبغى ان يصلح له فى سائر المراتب منه ولعمرى ان صاحب العناية قد تقشع فى حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشىء يعتد به كما عرفت ولكن ان فيما ذكرناه من الوجه فى تعليل كلام المص ههنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضى بينهم ارباعا وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا وقال فى تعليلها لانهم يتلقون الملك من باعتهم وفى بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم وفى بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا فى النهاية ومعراج الدراية فيجعل كانهم اى المملكين حضروا واقاموا البينة لانفسهم وثمة يقضى بينهم ارباعا فكذا ههنا قال اى القدورى فى مختصره وان اقام الخارج البينة على ملك

مورخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى اى كان صاحب اليد اولى
قال المص وهذا اى هذا الحكم عند ابى حنيفة وابى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه اى
عن محمد انه لايقبل بينة ذى اليد رجع اليه يعنى ان هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفى المبسوط
ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذى اليد
اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل
من ذى اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا للنتاج وما فى معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك
بخلاف النتاج كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال المص فى تعليل ذلك لان البينتين قامتا
على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء قال بعض الفضلاء هذا
يحتاج الى البيان اقول فى البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان تكون جهة الملك اى
سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم فى نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر
اسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان
بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب
ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق فى الملك ولهما
اى ولابى حنيفة وابى يوسف ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص
فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة
فان من ادعى على ذى اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع
الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى ان العين فى يده وديعة حتى يندفع عنه
دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينة
ذى اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات
التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا فى النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار
فى ايديهما اى لو كانت الدار فى ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى فى قول ابى حنيفة
وابى يوسف وفى قول محمد لايعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما
كذا فى النهاية نقلا عن الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل فى الطرفين ولو اقام

الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اى من غير ذكر سبب ووقتت احديهما اى احدى
البينتين دون الاخرى فعلى قول ابى حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو
رواية عن ابى حنيفة رح صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اذا
اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذى اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف
بين علمائنا فى دعوى الملك المطلق بين الخارج وذى اليد عند ذكر التاريخ كذا فى النهاية ومعراج
الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف اى لان صاحب الوقت اقدم وصار كما فى دعوى
الشراء اى وصار الجواب فى هذه المسئلة كالجواب فى دعوى الشراء اذا ارخت احديهما
اى اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا ههنا والجواب ان
الشراء معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه فى الحال فكان المقدم اولى منه و
الملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه فى الحال كذا فى غاية البيان ولهما اى ولابى حنيفة
ومحمد ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه اى لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع كما مر
آنفا ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته اى من جهة ذى اليد لان بذكر تاريخ
احدهما لا يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقتت كان اقدم
تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل
الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول
بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول انتهى و
اعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله
الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقانى فى غاية البيان فراجعه انتهى
اقول هذا الاعتراض ليس بشىء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد رح فى مسئلتنا هذه اعنى اولوية
الخارج فيما اذا وقت احديهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة
الاتقانى على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المص ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع
بصدد الاستدلال على قول ابى حنيفة ومحمد فى مسئلتنا هذه يجوز ان يكون مبنيا على قول
محمد الاول فى المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثانى هناك وتوضيح المقام

ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذى لم يوقت وهذا مبنى على اعتبار
التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة ووجهه ان غير الموقت اسبقهما تاريخا
باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبنى على انه لا عبرة
للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف
من مذهبنا وهو قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابى حنيفة رح كما انه في قوله الاول في
المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
فاذا عرفت هذا فنقول لو اريد الاستدلال على قول محمد الثانى في هذه المسئلة مع رعاية
قوله الثانى في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذى اليد انما تقبل
لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذى اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج و
ما في معناه لما مر من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المص لما قصد الجمع بين ابى حنيفة
ومحمد رح في دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابى حنيفة و
قول محمد الآخر في هذه المسئلة فاحتاج بما يجمعهما مراعيا قول ابى حنيفة وقول محمد الاول في
المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذى ذكره صاحب
العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة
لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور ههنا وقوله هذا من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى قول
لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام امر مستبعد جدا من وجوه
شتى فتبصر وعلى هذا اى على الخلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على
الملك المطلق فوقتت بينة احدهما دون بينة الآخر يعنى لا عبرة للتاريخ عندهما والدار
للمؤرخ عند ابى يوسف ولو كانت في يد ثالث اى ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث
والمسئلة بحالها اى وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما
سواء اى فالخارجان سواء يعنى يقضى بينهما نصفين عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف
رح الذى وقت اولى وقال محمد رح الذى اطلق اى لم يوقت اولى لانه اى الاطلاق
دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد كالاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على

على بعض اى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية
مثلا استحقها وزوائدها ويرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك مدعيا الملك
من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابى يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في
ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالمتيقن يعنى ان العمل بالمتيقن
راجح على العمل بالمحتمل كما لو ادعيا الشراء اى ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون
الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر ولابى حنيفة ان التاريخ يضامه اى يزاحمه احتمال
عدم التقدم فسقط اعتباره اى اعتبار التاريخ يعنى انه يحتمل ان يكون تاريخ الذى ارخ سابقا
على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فتركناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح
تاج الشريعة وغيره فصار اى فصار حكم هذه المسئلة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اى
بدون ان يذكرا التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن قول ابى يوسف كما لو ادعيا
الشراء لانه اى الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح
جانب صاحب التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ سابقا على شراء الآخر من لا
تاريخ له لا محالة اقول الآن صحيح الحق من المص فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء
فيما مر بما هو في سمت دليل ابى يوسف ههنا وكنت استشكلته هناك واخترت ما ذكره
صاحب الكافى هناك موافقا لما ذكره المص في خاتمة الكلام ههنا فتذكر قال اى القدورى
في مختصره وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب
اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا
جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابى ليلى وجهه ان
بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق
اولوية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته
لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في
دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المص
بقوله لان البينة اى بينة ذى اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو اولية الملك

بالنتاج كبينة الخارج **فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له** اى لذى اليد سوآء
كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبل فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا
عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة
تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى الحجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به اقول يرد
عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس لان تساوي البينتين
من جهة دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر
اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت
لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على
ما صرح به في وجه القياس فينبغي ان تكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات
وقد كان صاحبا النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا
فان قيل ان بينة الخارج اكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ
لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا يرى انهما لو
ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة
الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة
لاولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي
لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلامنا فيما اذا اقام كل واحد
من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا
لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لها اقسام واحكام اخر كما سيجيء في
آخر هذا الباب فلا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية
للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم ان وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة اشكال
ههنا ما روى ابو حنيفة رح عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تع عنه ان رجلا
ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته
نتجها فقضى رسول الله صلى الله تع عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح
اخذا

من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج
على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او اشباه ذلك واما اذا ادعى
ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه
الخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا فهي
اولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو
الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي
رجل اقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب
اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج
والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن
فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى **وهذا هو الصحيح** اى ما ذكر من القضاء
لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ **خلافا لما يقول عيسى بن ابان انه
تهاترت البينتان ويترك في يده** اى يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد **لا على طريق
القضاء** اى لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي
تيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا تتهاتر البينات
كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان
محمدا رح ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق
ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما و
سواقطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط
لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما
ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة
الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة
وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل
يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهرا لاداء

الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محلا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محلا يطلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة **ولو تلقى كل واحد منهما** اي ولو اخذ كل واحد من الخارج وذي اليد **الملك من رجل** على حدة فكان هناك مملكان **واقام البينة على النتاج عنده** اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه **فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه** فيقضى به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا **ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى** ايهما كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد **لان بينته** اي لان بينة صاحب اليد **قامت على اولية الملك فلا يثبت** اي فلا يثبت الملك **للآخر الا بالتلقي من جهته** اي من جهة صاحب النتاج والغرض ان الآخر لم يتلق منه **وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين** بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج **فبينة النتاج اولى لما ذكرنا** من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته **ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له** اي للثالث **الا ان يعيدها** اي البينة **ذو اليد** فح يقضى له **لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية** لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بينته قضى له بها لتقدمها ببينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدايع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق ووجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا يرى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى **وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل** اي تقبل بينته **وينقض القضاء** اي وينقض القضاء الاول صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية **لانه بمنزلة النص** اي لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا ههنا وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الآن يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطاء فاني يكون مقضيا عليه كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان في ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التي نحن بصددها فان عبارة

ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له صح

المسئلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل ويُنقض القضاء
وقد صُرّح فيها بكونه مقضيا عليه وبنقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى
في الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول بينته لان باقامة البينة على النتاج
تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا في نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر
تبين خطاء القاضي القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء الظاهر في خلاف نص قال
الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان
ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فينبغي ان لا ينقض
قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة
ذي اليد قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من
ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول لا يتوجه السؤال رأسا
لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض
القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد
النتاج على ما بُيّن فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه واما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج
الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم اظفر
بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي
ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتأمل **قال** اي القدوري في مختصره **وكذلك النسج** اي
النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة
اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بانه نسجه في ملكه واقام على ذلك بينة واقام صاحب
اليد بينة على مثل ذلك قضي بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية **في الثياب التي لا تنسج
الا مرة واحدة كغزل القطن** هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي
المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا
ان يكون الثوب بحيث يُنسج مرة بعد اخرى كالخز يُنسج ثم يُنكث فيغزل وينسج ثانيا
فح يقضى للخارج **وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج** قد تقدم ان القياس

ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى وان ما
ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث
جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يُلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا
يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص **كحلب اللبن و
اتخاذ الجبن واللبد** اي واتخاذ اللبد **والمرعزي** اي وجز المرعزي اذا شددت الزاء
قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مَرْعِزاء بفتح الميم مخففا
ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب **وجز الصوف** فاذا ادعى كل واحد من
الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه
ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرعزى انها ملكه جزها من عنزه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما
على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها لا تكون
الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت **وان كان يتكرر** اي وان كان
سبب الملك يتكرر **قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق** قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان
الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه
وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى
الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة
اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج انتهى
وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد اسطر واما
ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى اقول كلا بحثيه ساقط جدا اما الاول فلانه
لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك
ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذي اليد حيث كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج
فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب واحد هو للخارج بخلاف
ما سيجيء بعد اسطر حيث يُقضى هناك على قول محمد رح بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى
للخارج فيتجه عليه من قبل الامامين ان يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذي اليد

لم يكن السبب مفيد الحكم بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى
واما الثاني فلان ما ذكره صاحب العناية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من
الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى
الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب
الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك
المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة
ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة
التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان واستشكل ذلك البعض قول المص وان كان
يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذي اليد اولى فلا بد من
الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما
اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني
فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد
فبينة ذي اليد اولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج
وذي اليد هناك اثبت ببينة الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما
صرحوا به فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك
المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المص ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في
الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في
سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اي السبب المتكرر في الملك مثل الخز اي مثل نسج الخز
وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره قال في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة
اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب
فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من قزه او ادعى دارا انها ملكه بناها
بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب كذلك واقاما على
ذلك بينة قضي بذلك للخارج في هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز

فلما نقلناه واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك واما الحنطة والحبوب فلانها تزرع
ثم تغربل التراب فيتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صار بمنزلة
الملك المطلق فان اشكل اي فان اشكل الشيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة
اي يسأل القاضي اهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم لانهم اعرف به
قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان احوط كذا في النهاية نقلا
عن المبسوط والذخيرة فان اشكل عليهم اي فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضي به بالمشكل
للخارج لان القضاء ببينته اي ببينة الخارج هو الاصل لانه القياس والعدول عنه بخبر
النتاج اي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه
كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذي هو القياس قال اي
القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه
اي من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اي الخارج ان كان يدعي اولية
الملك وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اي فصاحب اليد تلقى منه اي تلقى
الملك من ذلك الخارج وفي هذا لا تنافي كما لا يخفى فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر
بالملك له اي كما اذا اقر صاحب اليد بالملك للخارج ثم ادعى اي صاحب اليد الشراء منه
اي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا
ملكا مطلقا ففي كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ
صاحب اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد ايضا و
هي فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان
المدعي ان كان اثبت اولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذي اليد تترجح على بينة
الخارج في هذه الصور الثلث التي ذكرناها انتهى اقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في
الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على
ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا
مطلقا آه وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فتقدم هذه

الصورة الى الصورتين المذكورتين فى الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما تترجح فيه بينة ذى
اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعل صاحب النهاية فما لا حاصل له لانه ان اراد ان ما يترجح
فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلث فليس بصحيح كما
لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق او نحوه
هذه الصور الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر فى هذه
الصور الثلث بل متحقق فى غيرها ايضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق
على ما سبق فى الكتاب قال اى القدورى رح فى مختصره وان اقام كل واحد منهما اى من الخارج وذى اليد
البينة على الشراء من الآخر اى اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذى اليد و
اقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار
فى يد ذى اليد بغير قضاء قال رضى الله تعالى عنه اى قال المص وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف
رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين وتكون اى وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اى
بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع اى ثم باع ذو اليد
الخارج ولم يقبض الخارج لان القبض دلالة السبق اى لان قبض ذى اليد دليل سبق الشراء
كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على
سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اى لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذى اليد اولا ثم باعها اياه لان
البيع قبل القبض لا يجوز يعنى ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اى
ان كان البيع فى العقار عنده اى عند محمد رح ولهما اى ولابى حنيفة وابى يوسف ان الاقدام
على الشراء اقرار منه اى من المشترى بالملك للبائع فصار اى فصار امر هذه المسئلة
كانهما اى البينتين قامتا على الاقرارين اى على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع
فكذا ههنا اى فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله
محمد رح ان العمل بالبينتين ممكن يعنى ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا
لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك
مستحق اى مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذى اليد فانما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن

فلم يكن السبب الذى هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد
فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين اقول لقائل ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على
قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث
لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على ان
البينتين استويا فى الاثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما
مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك فتامل فى الفرق ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اى اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون
من كل جانب لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع
بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى ثم ان هذا اى القصاص اذا كان المقبوض مالكا وان كان
قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى ان يكون
كذلك فى حق النقد لانه فى ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة فى حق شئ وتقبل فى حق شئ
آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق
وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن
فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده اى لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين
لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب
ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اى البينتان بالاجماع لكن على اختلاف
التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه
وفى مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما
جائز لوجود البيع بعد القبض وليس فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما
سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر فى القبول تساقطا
للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المص لان الجمع غير ممكن عند
محمد رح اى لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين مع عدم اولوية احدهما
على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث

لم يمكن الترجيح ولا الحمل على ايّ التين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة
على ما عُرف وههنا ايضا لمّا سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب اليد كما
كانت بخلاف الاول اى بخلاف ما اذا لم يُذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك
شرآء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق اذ لو جعل شرآء الخارج
سابقا لزم البيع قبل القبض كما مرّ هذا زبدة ما في جملة الشروح في حلّ هذا المقام اقول لقائل
ان يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما بجعل العين المدّعاة بين المدّعيين نصفين كما
جعلنا كذلك فيما اذا ادّعى اثنان عينا في يد آخر كلّ واحد منهما يزعم انها له واقاما البيّنة
ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مرّ في صدر هذا الباب وايضا قلنا
اذا ادّعى اثنان عينا في يد ثالث كلّ واحد منهما يدّعي انه اشتراها منه واقاما بيّنة ولا تاريخ
معهما فكلّ واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرّت
هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرّت فيه ايضا مسائل اخرى مشتركة في هذا الحكم اعني التنصيف
بين المدّعيين ولا يخفى انّ ما ذكروا في الهداية من انه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا
بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كلّ واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط و
الجامع الكبير وغيرهما من انه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضي بالبيّنتين عند محمد فيقضي
بالدار لذي اليد لان البيّنات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لانهما اثبتا
العقدين والقبضين فيجعل كانّ ذا اليد باعها وسلّمها ثم الخارج باعها وسلّمها انتهى و
ان وقّتت البيّنتان في العقار وقيّد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية
ومعراج الدراية ولم تُثبتا قبضا اى ولم تثبت البيّنتان قبضا وفي بعض النسخ ولم تبيّنا
قبضا ووقت الخارج اسبق اى والحال ان وقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد
عندهما اى عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فيجعل كانّ الخارج اشترى اولا ثم باع قبل
القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه
لا يصحّ بيعه اى بيع العقار قبل القبض عنده فبقي على ملكه اى فاذا لم يصحّ بيعه قبل القبض
بقي على ملك الخارج وان اثبتا قبضا اى وان اثبتت البيّنتان قبضا وباقي المسئلة على

ههنا التخريج محمد رح ينتقض
بكل واحدة منها فتدبر
وفي الكافي وما ذكر صح

على حاله وفي بعض النسخ وان بيّنتا قبضا يقضي لصاحب اليد اى بالاجماع فيجعل ان الخارج
باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه لانّ البيعين اى بالوجه المزبور جائزان على القولين اى على
قولهما وقول محمد رح وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقي المسئلة على حاله يقضي
للخارج في الوجهين اى سوآء اثبتت البيّنتان القبض او لم تثبتاه فيجعل كانه اشتراه
ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلّم اى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلّم اليه هذا باعتبار
عدم اثبات القبض او سلّم اى سلّم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه اى الى ذي اليد بسبب آخر
من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المص الوجهين في تقرير
هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارّة صورتان لم تذكرا في الكتاب احديهما
ان توقّتت البيّنتان وقتا واحدا وثانيتهما ان توقّت احدى البيّنتين وقتا ولم توقّت
الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما الحكم ما اذا لم توقّتا اصلا نصّ عليه في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام قال اى القدوري في مختصره وان اقام احد المدّعيين شاهدين
والآخر اربعة فهما سوآء اى الاثنان والاربعة من الشهود سوآء لان شهادة كلّ شاهدين
علّة تامّة لوصولها الى حدّ النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا و
الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوّة فيها اى في العلّة الا يرى انّ الخبر لا يترجّح بخبر آخر و
الآية لا تترجّح بآية اخرى لانّ كلّ واحد منهما علّة بنفسه والمفسّر يترجّح على النصّ والنصّ
على الظاهر باعتبار القوّة على ما عُرف اى في علم اصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا
واحديهما مستورة والاخرى عادلة ترجّحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة
ولا تترجّح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجّة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة
كل عدد ركن مثل شهادة الآخر ولا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم كذا في
النهاية قال اى القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان
احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البيّنة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فانّ صاحب النصف لا ينازع الآخر في
النصف فسلّم له والستوت منازعتهما في النصف الآخر فتنتصف بينهما فتجعل الدار على

اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة كذا في الكافي وقالا اي ابو يوسف و
محمد رح هي اي الدار بينهما اي بين المدعيين اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة
فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اي يأخذ بسبب كل حقه سهمين وفي المغرب قال
الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية و
معراج الدراية وصاحب النصف بسهم واحد اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو
سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب
صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا اي فتقسم الدار بين المدعيين
اثلاثا ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة ان المدلي بسبب
صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول
والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير
صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث واصل
ابي يوسف ومحمد ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على
طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق
المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى
البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذين الاصلين امكن
الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فمما اتفقوا على العول
فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت
بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة
بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما
فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه
مسئلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء
بها كما تقدم فلم تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى
اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا و

الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما
ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق
كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المص ولهذه المسئلة
نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول
كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة
لا يحتملها اي النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية وقال وقد ذكرناها في الزيادات فمن
نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا
لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولیين
مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي
حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ
وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين
يتسهل عليك استخراج هذه الصور قال اي القدوري في مختصره ولو كانت في ايديهما الى
ولو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة بحالها سلم لصاحب الجميع اي لمدعي الجميع
نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الآخر ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي
كان بيده لانه خارج في النصف اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي
في يد مدعي النصف فيقضى ببينته اي فيقضى ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على
بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله
نصفها لا على وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذي في يديه اي في يدي صاحب الجميع صاحبه
لا يدعيه اي صاحب صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه
اي مدعي صاحبه وهو مدعي النصف النصف وهو في يده سالم له توضيحه ان دعوى مدعي
النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة
واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف
لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اي ولو لم ينصرف دعوى مدعي

النصف اى النصف الذى فى يده كان ظالما بامساكه اى كان مدعى النصف ظالما بامساك ما فى يده وقضيته وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده اى واذا لم يدع مدعى النصف النصف الذى فى يدى مدعى الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف فى يد مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء ايضا فثبت الملك بتمامه قال صاحب العناية الاصل فى هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما فى يده كيلا يكون فى امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعيين الى ما فى يده غير معقول لانه ان جعل الذى فى يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد محل فى هذه المسئلة ولا يصح قول المص لانه خارج فى النصف ولا قول صاحب العناية فى اثناء الشرح ومدعى الكل يدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذى فى يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما فى يده لانه يدعى الكل وهو ليس فى يده وايضا لا يتم كيلا يكون فى امساكه ظالما بالنسبة لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان فى يد غيره ومدعى الكل يدعى ان جميع ما فى ايديهما حقه فالحق ان الذى ينصرف دعواه الى ما فى يده انما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور فى الكافى وغيره وقد قررناه فى اثناء شرح كلام المص قال اى القدورى فى مختصره **واذا تنازعا** اى تنازع اثنان **فى دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى** اى الذى يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر **لان الحال تشهد له** يعنى ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له **فيترجح** اى فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق فى هذا بين ان تكون الدابة فى ايديهما او فى يد احدهما او فى يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد ان كانت فى يد احدهما ولهما ان كانت فى ايديهما او يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز **وان اشكل ذلك** اى سن الدابة **كانت بينهما** اى كانت الدابة بينهما نصفين **لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا** هذا الجواب فى الخارجين وان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما فى النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق فى بينته وعلامة الكذب فى بينة ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد اما لظهور علامة الصدق فى بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا فى المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر فى الذخيرة فى ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة فى يد صاحب اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية **وان خالف سن الدابة الوقتين** قال الشراح اى فى دعوى الخارجين اقول لم يظهر لى فائدة هذا التقييد كما سابين **بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين** وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا **فترك** اى الدابة **فى يد من كانت فى يده** والظاهر ان هذا يعم الصور الثلث اعنى ما اذا كانت الدابة فى يد ثالث وما اذا كانت فى ايديهما وما اذا كانت فى يد احدهما اذ لا فارق بينهن فى الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة فى التقييد المار وفى المبسوط من مشايخنا من قال يبطل البينتان و الاصح ما قال محمد من الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين فى دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ولانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وهى فى يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك فى يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر فى اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر فى الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب اصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار اصل

البينتين وهو اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذى اليد فلا قادح لما فى المبسوط ويرشد الى هذا
ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر فى
ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق
الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره ان فى رواية ابى الليث تهاترت البينتان قال وهو
الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم
فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين
لا كذب البينتين اصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد قال اى محمد فى الجامع الصغير فى
كتاب القضاء واذا كان العبد فى يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر
بوديعة فهو بينهما اى العبد بين المدعيين لاستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار
غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى
فى نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين فصل فى التنازع بالايدى
لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى بيان وقوعه بظاهر اليد فى هذا الفصل لما
ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد قال اى القدورى فى مختصره و
اذا تنازعا اى تنازع اثنان فى دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اى تصرف الراكب اظهر فانه اى الركوب يختص بالملك يعنى غالبا قال
الامام فى شرح الكنز بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث تكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة
وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل به التمكن
من التصرف على انه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى
يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى وكذا اذا كان احدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه
فالراكب اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون فى السرج وغيرهم يكون رديفا كذا
فى الكافى وغيره واعلم ان ما ذكر فى الكتاب من كون الراكب فى السرج اولى من رديفه على رواية نقلها
الناطفى فى الاجناس عن نوادر المعلى واما فى ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا فى غاية البيان والعناية
بخلاف ما اذا كانا راكبين يعنى فى السرج حيث تكون اى الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما

لاستوائهما فى التصرف اما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال
مشايخنا ينبغى ان يقضى للذى هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما
الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا اذا تنازعا
فى بعير عليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فهو ذو اليد واذا تنازعا
فى قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا
يصير به غاصبا كذا فى الشروح ولو تنازعا فى بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق
به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا فى الشروح قال المص
معناه لا على طريق القضاء اى معنى قوله فهو بينهما انه بينهما لا على طريق القضاء وعلل
المسئلة بقوله لان القعود ليس بيد عليه اى على البساط حتى لا يصير غاصبا به فاستويا
اى فاستوى المتنازعان فيه فيجعل فى ايديهما لعدم المنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية فى
حل هذا المقام لان اليد على البساط لا يثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه
حسا بالنقل والتحويل واما بكونه فى يده حكما بان كان فى بيته ولم يوجد شئ من ذلك
فى البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق ولما علم انه ليس فى يد غيرهما ولا فى
يدهما وهما يدعيان يقضى بينهما لاستوائهما فى الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح
لا يطابق المشروح لان المص قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضى بينهما فتدافع
ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المص لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد
الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء
بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد فى قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى فى يد
المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجئ فى مسئلة التنازع
فى الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما انه اذا عرف كونه فى ايديهما قضى بينهما قضاء
ترك وان لم يعرف كونه فى ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه
الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل فى ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون
المدعى فى ايديهما والثانى فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين

[Margin:] فبينهما ح

[Margin:] وقد ادعى كل واحد منهما
انه ملكه وفى يده فيجعل فى ايديهما ح

على ما تقرر آنفا فلم يعرف ذلك وفيما نحن كون المدعى في ايديهما فلم يتصور القضاء
بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب الغاية تنبه لهذا
فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ
من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس في ايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك
في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو
عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين
فتحقيق الكلام في هذا المقام ان يقال فيجعل في ايديهما اى يوضع فيها لعدم المنازع لهما
كما ذكرته فيما قبل لانه يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما سيجئ في مسئلة
التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما
بلا قضاء وايضا لا يبقى الحاجة ح الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق
بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها
بينهما ولا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في
كلامهم اذ يظهر ح ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى
بناء على ان ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى في
ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر **قال** اى محمد رح في
كتاب القضاء من الجامع الصغير **واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو
بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة** فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما
اكثر استمساكا **فلا توجب زيادة في الاستحقاق** يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب
الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما تقرر فصار كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما عليه خمسون
منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام
احدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين
مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة
هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب

الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا
الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى
عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له
وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار
رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي
يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي
قال ابو حنيفة القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شئ ما خلا ثيابه التي عليه ان
كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شئ من
الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف
بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا اصدق قول رب الدار عليه والا فلا فثبت في هذه
المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر يده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على ان
ذلك له عادة والا فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية **قال** اى محمد رح في الجامع الصغير في
كتاب القضاء **واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه** اى يعقل فحوى ما يجرى على
لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح اى يتكلم ويعقل ما يقول **فقال** اى الصبي **انا
حر فالقول قوله لانه في يد نفسه** فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول
صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه
في يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا
سقط اعتبار يده شرعا فح يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم اهليته
بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اى لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق
عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة بينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت
القدرة كذا في الكافي **ولو قال انا عبد لفلان** اى لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه انا عبد
لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي **فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له
حيث اقر بالرق** فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تقطع

يده الا بحجة و شهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار
لا محالة واقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار
بالدين فان الصبي ابدا يُبعَّد من المضار ويُقرَّب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره
بل بدعوى ذي اليد الان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها تقرر
كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشروح وان كان اى الصبي لا يعبر عن
نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اى عن نفسه وهو بمنزلة
متاع في ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه
ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اى بخلاف ما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما
الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه
عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار
يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة
حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه
لم يصح دعواه مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل
اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من
الرق امرا عارضا فلا يقبل قول الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه بطل
و اليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في
النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة قال اى محمد رح في الجامع الصغير في كتاب
القضاء واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه اى او هو متصل ببنائه
ولآخر عليه اى على الحائط هرادي الهرادي بفتح الهاء جمع هُرْدِيَّة بضمها وفي المغرب الهُرْدِيَّة
عن الليث قَصَبَات تُضَم مَلْوِيَّة بطاقات من الكَرْم يُرْسَل عليها قضبان الكَرْم وقال ابن
السِّكِّيت وهو الحُرْدِي ولا تقل هُرْدِي انتهى وفي الصحاح الحُرْدِيّ من القَصَب نَبَطِيّ مُعَرَّب
ولا يقال الهُرْدِي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان

البيان الرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء
لا غير انتهى فهو اى الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع
صاحب استعمال اى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف
وذا بوضع الجذوع عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال لان
الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد
فصار اى فصار الحائط في مسئلتنا هذه كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليه حمل وللآخر كوز
معلق فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا والمراد بالاتصال اى المراد
بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره اى جدار صاحب البناء فيه اى
في الحائط المتنازع فيه في جداره اى في جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع اى ويسمى
اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف
لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه
داخلة في المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما
اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفي النهاية
وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمي هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيا ليحيطا مع جدارين
آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا
بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه
حتى يصير مربعا شبه القبة ثم يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف رح ان اتصال
جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة
الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه مختصا بالحائط المتنازع فيه
من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للامام الزيلعي
وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا اى اتصال التربيع شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
اى بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط اى على بعض الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط
واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان

واعلم ان تفسير التربيع بهذا انما هو على ما ذكره الطحاوي ونقل عنه في البدائع وغيره منه

من غاية البيان منه

ولبن هذا اى ومداخلة لبن هذا الى الحائط المتنازع فيه ح

النظ مراته هو الذى بناه مع حائطه مداخلة انصاف اللبن لا تتقور الا عند بناء اى ثطين
معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط اقول يقى ل ههنا كلام وهو ان
المص حمل المراد بالاتصال المذكور فى مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه فى هذا عامة
ثقات المتأخرين كصاحب الكافى والامام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان
كثيرا من اصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث
قال والحائط لمن جذوعه عليه او متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادى انتهى ولكن
لم يظهر لى وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادى
وكذا صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادى وفى الحكم بكون صاحب الاتصال اولى من
صاحب الهرادى لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من فردى الاتصال
اعنى اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان فى هذا الحكم فان الهرادى مما لا اعتبار له
اصلا بل هى فى حكم المعدوم حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ
فهو بينهما على ما سيأتى فى الكتاب وقد ذكر فى معتبرات الفتاوى انه اذا كان لاحدهما اتصال
ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال فى الذخيرة اما اذا
كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع او اتصال ملازقة
فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا فى الدعوى والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما
اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى لان صاحب التربيع
مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا
من تغير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التقدير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر
مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة الراكب على
الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال ببنائه اتصال ملازقة او اتصال تربيع
وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا فى حق
الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء
فيترجح على الآخر انتهى وقال فى البدايع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق

مطلب

التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق
وللآخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال
ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب
الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع
انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر فى الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر فى
البدايع واما اذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة فى ذلك التقييد بل فيه
اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتبنه فان كشف القناع عن وجه هذا
المقام مما تفردت به بعون الملك العلام • وقوله الهرادى ليس بشئ اى قول محمد رح
فى الجامع الصغير الهرادى ليس بشئ يدل على انه لا اعتبار للهرادى اصلا بل هى فى حكم
المعدوم وكذا البوارى لان الحائط لا يبنى لها اصلا اى لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادى
والبوارى لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى و
البوارى وانما يوضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا
فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما معناه اذا عرف كونه فى
ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه
ملكه وفى يديه يجعل فى ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما كذا فى العناية وكذا فى
النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل فى اليد بلا قضاء
كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اى لو كان
لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما اى فى اصل
العلة وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وفى نصاب الحجة
وهو الثلثة لانها اقل الجمع ولا معتبر اى ولا اعتبار بالاكثر منها اى من الجذوع بعد
الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها
قال فى معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اى من الثلثة اقول تفسيره ليس بسديد اولا
فلانه يقتضى ان يكون كلمة من فى قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية فى اسم التفضيل

لايجوز على ماعرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله بعد الثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لايكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا تبيينية لاتفضيلية وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين **وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو** اى الحائط كله **لصاحب الثلثة وللآخر** اى لصاحب الجذع الواحد او الاثنين **موضع جذعه في رواية** وهي رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه والحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه قالوا اريد به حق الوضع وقال في النهاية ثم ان هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى **وفي رواية** وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل **لكل واحد منهما ماتحت خشبته** حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ماذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي **ثم قيل** اى على هذه الرواية يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم مابين الخشب فقيل **مابين الخشب بينهما** اى يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات على ماسيذكر **وقيل على قدر خشبتهما** اى وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبتهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول والاكثر على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة **والقياس ان يكون بينهما نصفين** هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلثة آه يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره **لانه لامعتبر** اى لا اعتبار **بالكثرة في نفس الحجة** يعني انهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح

8

الحجة والترجيح لايقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيرها **وجه الثاني** يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته ولكن ذكر الشيخ اكمل الدين ابتناء وجه المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كما هو المشهور في نظائرها وانما ابتناء وجه الرواية بالنقل او القول **ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته** والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس اقول يظهر ذلك بالتأمل فيه فان المراد ان الاستعمال من كل واحد يختص بقدر خشبته وهو ماتحت خشبته لا يعدو الى غيره فلم يكونا مستعملين لشيء واحد مع زيادة استعمال في احدهما بل كان كل واحد مستعملا لما تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ماقامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين ويرشد اليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها عشرة منازل والعشرة منها في يده كذا ههنا انتهى **ووجه الاول** اى وجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلثة وتذكير الاول بتأويل ماذكرناه في الثاني **ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد** والمثنى بناء على ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لايحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالثلث واكثر حتى اسطوانة او اسطوانتان **فكان الظاهر شاهدا لصاحب الاكثر الا انه يبقى له حق الوضع** اى يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه **لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده** يعني انا حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها **ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع** وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه

الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه النَّجح كذا في الغاية وقال صاحب النهاية ومن يجد وجدوه من الشراح ما في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يطلعوا الى النسخة وقع في ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود باليد كذا في الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليد ان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسي ووجه الاول وفي بعض النسخ وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لجواز ان يقضي ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر اما بالتجزية ان قبل القسمة او بالشيوع ان لم يقبلها كيف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضي له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه ايضا انه ان اراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي ان الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال اي الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذا الحائطين مشتركا بينهما عنده وان اراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو ايضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه اي على رواية ان الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال لما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة امر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق وهذه اي رواية ان صاحب الاتصال اولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه ابو عبد الله المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير

سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم ان الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع الاختلاف في احد طرفي الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال اولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي ان صاحب الجذوع اولى وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي كذا في النهاية وغيرها قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بالحاء المهملة وهي عرصة في الدار او بين يديها كذا في معراج الدراية بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة ايضا سواء ولعل هو ورصاحب القليل اكثر من هو ورصاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وتواجد وقواجا علي انا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها اكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار اصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يقضى لصاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركا اجيب بان الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالنوع والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في الغاية والى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده واحد منهما جحد بقيا البينة انها في ايديهما اقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة واحد منهما البينة انها في يده لا على اقامتهما البينة انها في ايديهما لان المتوقف عليها القضاء بانها في ايديهما معا كما لا يخفى وسيتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد احسن صاحب

الكافي ههنا حيث قال لم يقض بانها في يد احدهما الا بالبينة انتهى فان قوله كلمة جامعة ههنا **لان اليد فيها** اي
في الارض **غير مشاهدة لتعذر احضارها** فقد غاب عن علم القاضي **ما غاب عن علم القاضي** اي وكل الذي غاب عن علمه
فالبينة تثبته فلا بد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه جاز ان تكون في يد غيرهما ولو قضى لهما
او لاحدهما باليد لابطل حق صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة
غفل عنها القضاة وهي انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك
فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز ان تكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وغرضهما حيلة
ليجعلها القاضي في يد احدهما فما لم يثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يمنع المقر من ان
يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية **وان اقام احدهما البينة** اي على انها في يده
جعلت في يده لقيام الحجة ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا
لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضي للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد
ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في عامة الشروح وقال صاحب
العناية وقد اشار الى ذلك بقوله **لان اليد حق مقصود** يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما انتهى **وان اقاما البينة**
اي على انها في ايديهما **جعلت في ايديهما لما بينا** اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد
منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم تجعل لهما باليد
وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد
بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي
كان في يد صاحبه لنكوله كذا في الشروح **فلا يستحق** بصيغة المجهول اي فلا يستحق اليد **لاحدهما من غير حجة** قال بعض
الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله انتهى اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما
البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي واما اذا كان متفرعا
على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى ههنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام
فقد كان في محله كما لا يخفى **فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر** يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا
صحراء انها في يده واحدهما لبن فيها او بنى **او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال** ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كما لو ركب
على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام **باب دعوى النسب** لما فرغ من بيان دعوى الاموال

سعدي جلبي

الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا **قال** اي القدوري في
مختصره **واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع** اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس المسائل
في ابتداء الكلام فقال اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان
جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه
اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرد فيه اختلال
من وجهين الاول انه قسم ادعاء البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت
به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة
اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون
الشيء قسم نفسه حيث جعل ادعاء البائع او المشتري مقسما ثم جعل قسما من كل واحد من اقسام مثلثه والثاني
ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري في قوله ان البائع
يابى دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في اقسام
ويمكن ان يتمحل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ادعاء احدهما منفردا
ومن ادعائه منضما الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم القسم هو ادعاء احدهما وحده او ادعائهما
معا او على التعاقب فيكون قسم القسم اخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان يحمل كلمة او المذكورة على منع
الخلو دون منع الجمع والاولى عندي في بيان الضابطة ههنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت
فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين
وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشتري وحده
او ادعياه معا او على التعاقب **فان جاءت به لاقل من ستة اشهر** من يوم باع **فادعاه البائع** وحده كما
في الكتاب **فهو** اي الولد **ابن البائع وامه** اي ام الولد **ام ولد له** اي للبائع **وفي القياس وهو قول زفر**
والشافعي دعوته اي دعوة البائع **باطلة لان البيع اعتراف منه** اي من البائع **بانه** اي الولد **عبد فكان**
اي البائع **في دعواه متناقضا** والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها
قبل ان ابيعها **ولا نسب بدون الدعوى** اي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة **وجه الاستحسان** اي وجه
الاستحسان الذي نعمل فيه في هذه المسئلة **ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه** يعني ان تيقنا باتصال

العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع **لان الظاهر عدم الزنا** فنزل ذلك
منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها **ومبنى النسب على الخفاء** هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين انه منه **فيعفى فيه التناقض** اى لا يمنع صحة الدعوى
كما ان الزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر
الى التناقض لمكان الخفاء في امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان
اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى
به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض
لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل
واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا **واذا صحت الدعوة استندت الى وقت**
العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن اى
اى ان كان منقودا **لانه قبضه بغير حق** فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه
المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير
فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع
دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول
صحة التحرير من المشتري ظاهرة لان الجارية مملوكة في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية
وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة لجاجة في وجه الاستحسان من ان تيقن باتصال العلوق
بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من
المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك
البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا
لجواز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل
الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت على صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة
حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح
الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري

على ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى **وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده** اى بعد دعوة البائع ذكر
الضمير بتاويل الادعاء **فدعوة البائع اولى لانها اسبق** اما اذا كانت قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما
اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله **لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة تحرير** يعني ان دعوة
البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير
فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر
تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال ووجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي
لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء **وان جاءت به لاكثر من**
سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة
يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك هاهنا لم يصح دعوته **الا**
اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح وقول المشتري على الصدق
ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق اى للولد **ولا حقه** اى ولا يثبت حق العتق وهو امومية
الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي آخر كذا في الكافي
وغيره **وهذه** اى دعوة البائع هاهنا **دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله** اى ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك
فلا يصح دعوة التحرير منه اعلم ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون
علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه
علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملكه وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن
الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت
دعوته وان ادعيا معا او متعاقبا صحت دعوة المشتري دون البائع لانه كالاجنبي كذا في العناية وغيرها
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه
اى في هذا الوجه **الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه** اى في ملك البائع **فلم توجد الحجة**
وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا **فلا بد من تصديقه** اى من تصديق المشتري اياه **واذا صدقه**
يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسألة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم
باع **تصادقهما واحتمال العلوق في الملك** وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيهما لا تحتمل العلوق في ملكه ح

[illegible]

ففيه يحتمل اولا ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حرّ الاصل ولا يكون له ولاء على الولد
لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معًا او متعاقبا فالمشترى اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبى
وهذا الذى ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة امّا اذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل
من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البائع
وحده لا تصح دعوته الا اذا ان يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشترى وحده
صح دعوته لان اكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا
لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معًا لم تصح دعوة واحدة منهما ويكون الولد عبدًا للمشترى لانها ان جاءت
به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك في ثبوته
فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما
لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده
وفي العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشترى اى اذا باع امة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها
منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها لى باكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق
لان البائع يدعى انتقاض البيع والمشترى ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشترى ايضا عند ابى يوسف لانه اثبت
زيادة مدة في الشرى وعند محمد البينة للبائع فانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا
انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اى والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة
اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام هذا لفظ القدورى في مختصره قال المص في تعليله لانها اى لان الام تابعة للولد
اى في هذا الباب على ما يجيء بيانه ولم يثبت نسبه اى نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اى لعدم حاجة
الولد الى النسب بعد الموت فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع
وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع
هذا لفظ القدورى في مختصره ايضا قال المص في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع
يعنى ان الولد هو الاصل فكان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع لان
تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اى لان الام تضاف اليه
اى الى الولد حيث يقال ام الولد والاضافة الى الشيء امارة الاصالة المضاف اليه وتستفيد

وتستفيد الحرية من جهته عطف على تضاف اليه وتستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية قبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا
تعتقها والثابت لها اى ولان الثابت للام حق الحرية وهو امومية الولد وله اى والثابت للولد حقيقتها
اى حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى دائما دون العكس ويرد الثمن كله في قول ابى حنيفة وقالا
يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكره فيما مر آنفا قال المصنف لانه تبين انه
باع ام ولده اى تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل وماليتها اى
ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اى عند ابى حنيفة في العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما اى عند
ابى يوسف ومحمد متقومة فيضمنها اى فيضمنها المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد
حصته ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد حصة ما يسلم له وهى الام قال
الامام الزيلعى في التبيين بعد ما تبين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغى ان يرد
البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده
وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد
من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل وفي الجامع الصغير ذكر رواية جامع
الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت واذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشترى فادعى البائع الولد وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه اى فالولد ابن البائع يرد عليه بحصته من الثمن
اى يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذى كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد
وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشترى وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير
الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر
المعتبرات ولو كان المشترى انما اعتق الولد فدعوته اى دعوة البائع باطلة اى اذا لم يصدقه المشترى في دعواه كذا
في الشروح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد
قال صاحب النهاية اى الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق
للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب الغاية اقول لا يخفى
ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير ان يقال الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد

والام تابعة له على ما مر في مسئلة الموت آنفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد
وقد اعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو
اي المانع منهما العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد في الاصل
وهو الولد لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد
للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية
في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغي ان يبطل البيع واعتاق
المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت
نسب الولد وحريته يعني ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه
عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المص
فيما سيجيء في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها
فلا تصير ام ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير
فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث
قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى
وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية
ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه انتهى قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المص وكما في المستولدة
بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التي
ذكراها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المص في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها
المص مقابلا لولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المص كما في ولد المغرور
بقولهما وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فيجوز ان يكون المراد بولد
المغرور في كلام المص احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل
بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض
ان تقليل الامثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد كذا في الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم
ادعاه البائع قام المانع بالاصالة وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي

و في التبع لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال بعض متقدمي الشراح اي
وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا منهم قوله وانما كان
الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية
عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة
البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا من دعوة الاستيلاد او دعوة النسب
فيشمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارة المص في اثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص
البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام لانه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب في
الولد وحق الاستيلاد يعني ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من
البائع في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع الذي هو حق
واستيلاده من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه
قال صاحب العناية ورد عليه اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري
احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض المعتق كما ترى
واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بحريته حر الاصل
ثبوت النسب الآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق
في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب
بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر انتهى اقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره
بعض الشراح ايضا ولكلهما وجه وجيه واما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وفيه بحث اما السؤال فلان مراد
المجيب عن السؤال الاول ان التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وهو
واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد
في جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال الثاني كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك ان رقبتيهما متغايرتان فما يترتب على احدهما لا يلزم
ان يترتب على الآخر كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا
اعتق المولى بعض عبده على قول ابي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر في السعاية في قيمته لمولاه
فلا نسلم ان في ذلك ضررا اذ اثر الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب فانه

اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اى رد قيمته من الثمن على المشترى فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه اذا ثبت العتق في الاول لزم المشترى ضمان قيمته اى اتلاف قيمته فيعارض بان النسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق في الاول ضمان قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوامين ايضا والغرض خلافه ثم اقول السؤال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم في التوامين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مراده من قوله العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمل قصدا او اللازم في مسئلة التوامين احتماله النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا كما في الكتب وجوابه ان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذى عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيعارض بان الضرر الزائد الذى يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما **ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق** يريد بيان رجحان ما في جانب المشترى يعنى الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق **والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة** واى لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب الغاية ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقة واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان في الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدار هم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقايق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولها وجه صحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع بين الفرايض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما وانما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدار هم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهد وافيه حتى تنحط بها عن الحقيقة عن درجة الحقايق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه **والتدبير بمنزلة الاعتاق** اى في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا فهم نقلا

نقلا عن الامام التمرتاشى لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك وقوله في الفصل الاول **يرد عليه بحصته من الثمن قولهما** يعنى ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابى يوسف ومحمد **وعنده** اى عند ابى حنيفة رح **يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت** قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضى خان والامام المحبوبى في الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابى حنيفة ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشترى او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذى اختاره المص وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه في الاصل رواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشترى فان قيل ينبغى ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشترى والحصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان كان قبضه المشترى وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة كذا في الشروح **قال** اى محمد في الجامع الصغير **ومن باع عبدا ولد عنده** اى كان اصل العلوق في ملكه **وباعه المشترى** اى ثم باعه المشترى **من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه** اى الولد ابن البائع الاول **ويبطل البيع** اى ويبطل البيع الاول والثانى **لان البيع يحتمل النقض وماله** اى وما للبائع **من حق الدعوة لا يحتمله** اى لا يحتمل النقض **فينقض البيع لاجله** اى لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المص **وكذلك** اى وكحكم المسئلة السابقة الحكم **اذا كاتب الولد** اى اذا كاتب المشترى الولد **او رهنه او آجره او كاتب الام** اى كانت المشترى الام فيما اذا اشتراها مع ولدها **او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة** اى ثم وجدت دعوة البائع **لان هذه العوارض تحتمل النقض** كالبيع **فينقض ذلك كله** اى فينقض تلك العوارض كلها وذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل ما ذكر **وتصح الدعوة** لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا على مسئلة الجامع الصغير **بخلاف الاعتاق والتدبير** فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفا **وبخلاف ما اذا ادعاه** اى الولد **المشترى اولا ثم ادعاه**

البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية وللقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وامّا الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويان في الثابت بها حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب فوقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية ايضا بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام على ما تقرر في الكتاب وتقرر وقد عبّر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتأديه الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وان كان في تقريره نوع ضيق واضطراب قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى نسب التوأمين التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطاء ويقال للانثى توأمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا اي كونهما من ماء واحد لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا اي بعد ولادة الاول لانه لا حبل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المص لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن وفي الجامع الصغير قال في العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ

لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل كذا في العناية قال المص في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت حرية الاصل جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الولد فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري وحرية الاصل فيه اي ويثبت حرية الاصل في ذلك الآخر ايضا ضرورة لانهما توأمان وهما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل اي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مرّ لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصودا يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا لحق دعوى البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوأمين يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل اي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحرية حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هذا شرح صحيح الا انه يكون في كلام المص ح تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحب النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المص ههنا اي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المص فيه متعلق

بقوله يثبت بل ان يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اقول
لعل المحذور فيه اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ذلك
ان لا تكون ولا يثبت فيه فيلزم ان يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغواً من الكلام وانما يتم
المعنى ان لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعاً للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اى فافترق ما نحن
فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصداً وفيما نحن
فيه ضمناً وتبعاً وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت اصالة وقصداً قال في معراج الدراية الى هذا اشار
قاضي خان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المص على هذا المنوال
او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي ثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما يجيء من احد التوأمين
ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك
لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية انتهى ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان
اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد الذي عنده
اى ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الولد الآخر ايضاً ضرورة لان
التوأمين لا ينفكان نسباً ولا ينقض البيع فيما باع ولا يبطل عتق المشتري فيه لان هذه اى لان دعوة
البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اى لانعدام شاهد اتصال
العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق
بملك المدعي فيقتصر على محل ولايته اى اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي فكان
البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا
لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المص لان هذه دعوة
تحرير لانه لما لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله
هذا حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول
على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حر انه لو كان كذلك لما ثبت نسب احد من الولدين منه لان
المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر
في كتاب العتاق انه اذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان

صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية منه

وقد اتفق التوارد بيني وبين بعض الفضلاء في اصل هذا الايراد ولكن كنت كتبته قبل ان ارى ما كتبه في جزئية على ما كتبه عليه منه

لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب
الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالاً للفظ في مجازه
عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو
قول الشافعي لهم انه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته
من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة
تجوزاً ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزاً
عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة
واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ويكون
اللفظ في هذه الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولاً على مجازه لكن لا يثبت النسب
فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازاً فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح قال اى في الجامع الصغير
واذا كان الصبي في يد رجل فقال ذلك الرجل هو اى الصبي ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه اى لم يكن ذلك الصبي ابن
ذلك الرجل ابداً قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه
تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون هو ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على
هذا المعنى استدراك قول المص وان جحد العبد ان يكون ابنه سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد
توجيهاً لكون المعنى هذا لكن في بعد فيه وقد اشار صاحب الغاية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابداً اى في وقت
من الاوقات لا حالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو
ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات
لا حالاً ولا مستقبلاً انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور
به وهو ظاهر وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير
مصروفاً عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه يظهر ح فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا
دون المعنى الاول فان المقوله اى حضور الغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني
التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما
فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني حال

والاوقات المستقبلة فيهما اى المولى الحاضر والغائب متفاوتان حيث يتصور الجحود من الغائب في الحال العدم علمه
فيهما فاقربه المولى ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال
والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المولى بوقت لا يتصور
فيه الجحود من المولى وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو اطلق فلان ولم يقيد بالغائب على ارادة
عموم الوقتين ليتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند المولى الغائب عبارة وبنوته عند كونه حاضرا ايضا
دلالة ظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده وذكره في الكتاب
وقع اتفاقا فانه نص عليه الامام الزيلعي في التبيين **وهذا عند ابي حنيفة** اى حكم المسئلة المذكورة على الاطلاق انما هو
عند ابي حنيفة وفي المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية
وقالا اذا جحد العبد فهو اى الصبي **ابن المولى** يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية
قال المص **وعلى هذا الخلاف اذا قال** اى اذا قال الذي في يده الصبي **هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه**
هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا كذا في غاية البيان **لهما ان الاقرار** اى الاقرار بالنسب هو قوله هو ابن
عبدي فلان الغائب **ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار** اى فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه **والاقرار بالنسب
يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض** اى وان كان النسب لا يحتمل النقض **الا يرى انه** اى الاقرار بالنسب **يعمل فيه
الاكراه والهزل** حتى لو اكره ببنوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا لا جدا اى فصار حكم هذه
المسئلة **كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشترى** بفتح الراء **فكذبه البائع ثم قال** اى المشتري انا
اعتقته تحول الولاء اليه اى فانه يتحول الولاء الى المشتري وصار كانه لم يقر اصلا **بخلاف
ما اذا صدقه** اى بخلاف ما اذا صدق المولى المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق
لانه اى المقر **يدعي بعد ذلك** اى بعد تصديق المولى اياه **نسبا ثابتا من الغير** وهو لا يصح **وبخلاف ما اذا
لم يصدقه ولم يكذبه** بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه ايضا دعوة المولى بالاتفاق
لانه تعلق به اى بالصبي **حق المقر له على اعتبار تصديقه** اى على اعتبار احتمال تصديقه **فيصير كولد الملاعنة فانه
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه** يعني ان لاحتمال جانب التصديق تاثيرا فيما نحن فيه
كما ان لاحتمال جانب التكذيب تاثيرا في ولد الملاعنة **ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا**
بالاتفاق **والاقرار بمثله** اى بمثل ما لا يحتمل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعني وما كان كذلك فالاقرار

فالاقرار به لا يرتد بالرد اى لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل بالتكذيب
اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره قاضيخان وذكر في الشروح **فبقي** اى فبقي الاقرار
في حق المقر وان لم يثبت في حق المولى كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة **فيمتنع دعوته** اى فيمتنع دعوة
المولى بعد الرد ايضا **كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة** كالفسق والقرابة **ثم ادعاه** اى الشاهد
لنفسه حيث لم يصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا
المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم يصح
انتهى فاقتفى المص اثره فاورد ما ههنا كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكر
انها ايضا على خلاف الخصمين حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد انه ابن
فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما انتهى وهذا اشارة
الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد **لانه تعلق به** اى بالنسب **حق المقر له حتى لو صدقه
بعد التكذيب يثبت منه** اى من المولى ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه
لا يصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه **وكذا تعلق به حق الولد** من جهة احتياجه الى النسب **فلا يرتد
برد المقر له** لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في الغاية وغيرها
مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة **ومسئلة الولاء على هذا
الخلاف** اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة
لما قالاه وحجة على ما قاله **ولو سلم** اى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق **فالولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب** صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه
اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا
بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه هكذا روي عن عمر رضي الله عنه ذكره قاضي
خان كذا في النهاية ومعراج الدراية **وقد اعترض على الولاء الموقوف** وهو الولاء من جانب
البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية وغيرها **ما هو اقوى**
وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو
قيام الملك كذا في الغاية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه

كالنهاية والكفاية ومعراج الدراية
ملاحظة

معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الا ان هنا كلام ذكره البعض اقول يخته ظاهر السقوط لان المشتري انما اقر اولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اي في حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه او كان اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس كذلك واما ما ذكر في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون منشأ الولاء ايضا على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام هنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء في منشأ الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المص وكونه تم ولا شك في قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام **فبطل به** اي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذي هو دعوى المشتري **بخلاف النسب** يعني انه لا يبطل باعتراض شيء اصلا **على ما مر** اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اخذ اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب كما تم في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء **وهذا** اي اقرار البائع بنسبه بما باعه لغيره **يصلح مخرجا** اي حيلة **على اصله** اي على اصل ابي حنيفة **فيمن يبيع الولد ويخاف عليه** الا يخاف المشتري على الولد **الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه** اي فانه يقطع دعوى البائع **اقراره بالنسب لغيره** قال الامام المحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوة عند ابي حنيفة فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية **قال** اي محمد في الجامع الصغير **واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني** وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعويان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبدا للمسلم كذا في النهاية قال المص **لان الاسلام مرجح** بكسر الجيم **فيستدعي تعارضا** يعني ان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي تعارضا **ولا تعارض** اي لا تعارض

اي لا تعارض هنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هنا **لان نظر الصبي في هذا اوفر** يعني ان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه **لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة** اي وفي عكس ما ذكرناه **الحكم بالاسلام تبعا** اي ينال الحكم بالاسلام تبعا **وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها** اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا رأى اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحقيق عندي ايضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى الى كفر ابائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقبة وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب العناية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا اما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر واما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وامته عامين للحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واتباعه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين اي ولامرأة مؤمنة حرة كانت او مملوكة وكذلك ولعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج في عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان

مولانا العلامة الشهير بابن كمال باشا

قوله ولانه ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فيفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية و يمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد ومدعي النسب ابا لان دعوته لا يحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع وكون الآباء جحدوا الاصل علمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق و بترك الحضانة لا يلزم رق فيطلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون مدعي النسب ابا اول المسئلة فذكره ههنا مؤد الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسئلة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام في ان ما يؤدي الى الايق بالكفر المانع عن الاسلام مناف للمرحمة لهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المص ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر انتهى فكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني اذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فرجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له في الاصل مطلق بنوته له وان الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي منه في الحال حتى برفع وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل

بل لما تصور النزاع بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التوجيه ثم ان في تحرير المص ما ينافي آه عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا او فخره آه لا يصلح ان يكون الكافي دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في هذا او فخره آه اما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آه فكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا او فخره دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المص قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو قوله بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله فهو ابن النصراني لان نظر الصبي آه دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو اللهم الا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتامل ولو كانت دعوتهما اي دعوة المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين اي للصبي وتوقفوا في هذا بغلام ونصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استوتا في اثبات النسب بعقد النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حق لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حق لنفسه اولى وفيه نظر لان اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه تقوى بقوله عليه السلام البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حق لنفسه كذا في النهاية اقول لقائل ان يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام المعترض عنها بقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى قال اي محمد في الجامع الصغير واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امراة على الولادة قال المصنف اقتفاء اثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج اي ومعنى هذه المسئلة ان تكون المراة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعني ان المراة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد من الحجة ولسببه لزوم النسب وان كان قائما وهو

النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد
الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اى الزوج حيث يصدق في دعوة الولد
من غير شهادة احد وان انكرت المراة لانه يحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة
القابلة كافية فيها اى في دعوة المراة في المسئلة المارة لان الحاجة الى تعيين الولد بانه الذي ولدته
تلك المراة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء اما النسب
فيثبت بالفراش القائم يعني اما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى
يلزم الحجة التامة قد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت
معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن
منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة وهي
شهادة رجلين او رجل وامراتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي
في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر في الطلاق اى في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن
منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اى من غير بينة اصلا لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المص ومنهم من اول المسئلة
على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد رح وفرق بين
الرجل والمراة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة وجه الفرق ان الاصل ان
كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة
لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت
المراة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمراة اثبات النسب
بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة وكذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة
البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا في الشروح
اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب
اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه بالتسامع في بضع مواضع عديدة
منها النسب من غير ضرورة ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه والا

والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اى ولو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات
الاعلاق والاحبال قطعا مع ان مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها شرعا اكثر من
ان يحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق و
الاحبال منه فمتى امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب
واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسئلتنا لان كون المدعي مما يمكن للمدعي اثباته
بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصور المذكورة
للبيان وبحثنا ما ادعته المراة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما بين الا انه مما لم ينكره احد لان
كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص في تعليل المسئلة لان فيه الزاما
على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها زوج و
زعمت انه ابنها منه اى ادعت ان الولد ابنها من ذلك الزوج وصدقها اى وصدق الزوج اياها فهو ابنهما
وان لم تشهد امراة اى وان لم تشهد امراة على الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة لانه
اى الزوج التزم نسبه اى نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج
بلا دعوى المراة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المراة اولى وهذه المسئلة من مسائل
الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اى في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من غيرها اى زعم
الزوج ان الصبي ابنه من امراة اخرى له وزعمت انه ابنها من غيره اى وزعمت المراة انه ابنها من
زوج آخر كان لها فهو ابنهما اى كان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر
عن نفسه فالقول له ايهما صدق تثبت نسبه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح العلي
ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير ايضا قال المص في تعليلها لان الظاهر ان الولد
منهما اى من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما اقول فيه
شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد الى
بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امراة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها
الزوج ما لم تشهد امراة على الولادة كما مر آنفا في مسئلتنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فتامل ثم كل
منهما اى من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه اى على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه

وهو بكر ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق
واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا هنا الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
اي يجعل ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل وهو الثوب لا يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها
لا يحتملها اعلم المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امراة فقال
رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من
نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك
هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر
في الايضاح ان دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين و
لا مساواة فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من
فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي
فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امة او كان النكاح فاسدا لان
الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم
بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتامل قال اي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء
ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده يعني ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم الخصومة
وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشرى اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت نص عليه الامام
الزيلعي في شرح الكنز ويفهم من نفس الكتاب لانه ولد المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين
باي سبب كان مثل الشرى والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين والمعنى
او معتمدا على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المراة ممن يطأها ثم تستحق بان يظهر بالبينة كونها امة فهذا تفسير الولد
المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار
ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه
فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني انه كان الولد غلاما فعلى الاب
غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب كرم الله تعالى وجهه عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا
لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية

الجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول
عمر رضي الله تعالى عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف
يصح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في
كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رضي الله تعالى عنه
يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية في محل الشرح والبيان هنا ان السلف وان اختلفوا
في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رضي الله تعالى عنه وتبيين مرامه
على وفق ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور
بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا
فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل حق المغرور في صورته
كذا في الكافي فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما
ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد ابوالد المغرور من غير صنعه اي من غير تعد منه كذا في
النهاية فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فانه امانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع
فلهذا اي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح
الطحاوي يوم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا
فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا في النهاية ومعراج
الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا
له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان ولو مات
الولد يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة لا شيء على الاب اي ليس على الاب شيء من قيمته لانعدام المنع
اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة
عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ثم مات
فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شيء لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله لان الارث
ليس ببدل عنه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه والمال لابيه لانه اي الولد حر الاصل في حقه
اي في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي

٩٤

ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق في الاصل فحق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما
قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا في الترجيح و
الكافي اقول ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فلتتأمل في التوفيق
او الترجيح **ولو قتل الابن غرم قيمته** اى يضمنها **لوجود المنع** بالقتل **وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته**
اى فاخذ الاب ديته **لان سلامة بدله له** اى لان سلامة بدل الولد وهو دية له **كسلامته** اى كسلامة
الولد نفسه **ومنع بدله كمنعه** اى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه **فيغرم قيمته كما اذا كان حيا** وانما
لم يأخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اى لا حقيقة ولا حكما نص عليه
فخر الدين قاضي خان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ
بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل اليه من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه
بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون مانعا قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية
والكفاية **ويرجع بقيمة الولد على بائعه** اى ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه **لانه** اى بائعه
ضمن له اى للمشتري **سلامته** اى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية
ويساعده تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة
المبيع عن العيب الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثير من الشراح قصدوا
دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري
سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه الموجودة عند البيع لا الجزء الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح
ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك ان الولد في مسئلتنا
ممن حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال ان
مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي
هو الام من العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب في الجارية ايضا لانه
من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها في الاصل من غير ان يستحقه احد فكان سلامتها عن العيب
مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته **كما يرجع بثمنه** قال صاحب الكفاية اى بالثمن الذي

الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور
شراؤه واستحقه احد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى
الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اى بثمن المبيع وهو
الام لان المغرور شبهها انتهى واقول لا يخفى على
ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى
الوجيه ههنا ولكن
في تذكير الضمير
نوع
عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ويرجع بها
كثمنها بتانيث الضمير اى ويرجع بقيمة الولد كثمن
الام **بخلاف العقر** يعني ان المغرور
لا يرجع على بائعه بعقر
وجب عليه واخذه
المستحق **لانه**
اى العقر **لزمه** اى لزم المغرور **لاستيفاء منافعها** اى لاستيفاء منافع الجارية
المستحقة اى منافع بضعها **فلا يرجع به على البائع** او لو رجع به
سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير
لا يجوز ان يسلم للواطئ مجانا
كذا في النهاية وغيرها

تم الكتاب
بعون الله
الملك الوهاب